

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 17. Marzo 1990

Calvo Sánchez, María del Carmen

Catedrática de Derecho procesal. Universidad de Salamanca

LA REFORMA DEL PROCESO PENAL

Estudios

Serie: *Procesal*

VOCES: PROCEDIMIENTO PENAL. REFORMA. PROCEDIMIENTO DE URGENCIA. PRINCIPIO ACUSATORIO. IMPARCIALIDAD. RECURSO DE APELACION. RECURSO DE ANULACION.

ÍNDICE

TEXTO

La reforma del proceso penal, como cualquier labor de remodelación del ordenamiento jurídico vigente, debe ir acompañada por toda una serie de pasos previos y coetáneos que contribuyan, a modo de pilares, a cimentar y asegurar el éxito y la continuidad de la misma.

Toda labor reformadora ha de huir, pues, de defectos o vicios que conduzcan inevitablemente a su fracaso, y entre ellos de la devastación del viejo ordenamiento, que obligue al legislador a partir de cero, improvisación, personalismo, idealismo, novedades discutibles, precipitación, misterio, mimetismo, entre otros.

Es imprescindible, además, por un lado, que la labor reformadora vaya consumiendo una serie de etapas, o fases previas, a su puesta en funcionamiento, entre ellas: un tiempo adecuado para su elaboración, información, amplia y plural discusión, así como la adecuada *vacatio legis* que permita preparar la infraestructura necesaria y su adecuado conocimiento por los operadores jurídicos.

Por otro lado, para que la reforma proyectada alcance su objetivo, es menester que el texto final, además de dar cumplida y eficaz respuesta a los problemas, se redacte con adecuada y uniforme terminología: lenguaje claro y correcto, extensión y proporcionalidad idóneas, posibilidad de verificación de las normas, etc.

Junto a esta serie de principios técnicos es importante no pasar por alto un dato que juega un papel importante en el éxito o el fracaso de cualquier labor de innovación, me refiero a la oportunidad de la

misma; qué duda cabe que la reforma del enjuiciamiento, y en especial el penal, es una necesidad ampliamente sentida, consecuencia de la crisis que padece; crisis que, conviene reiterar, no es privativa de nuestro país sino común con el resto de nuestro entorno europeo, algunos de cuyos países han intentado hacerla frente ya, mediante la reforma de sus respectivos ordenamientos procesales (1).

Es menester que también el nuestro acometa con rigor la precisa reforma, pues no se olvide que la crisis de la justicia, en tanto que valor supremo con sagrado en el artículo 101 de nuestra Constitución (2), conlleva la del Estado de Derecho, y la cada vez más generalizada desconfianza del justiciable, es índice acreditativo de las insuficiencias de un Estado que se califica además de social.

La grave situación por la que atraviesa la jurisdicción es predicable de todos sus órdenes jurisdiccionales (3) pero, acaso por la particular sensibilidad de su ámbito, reviste mayor importancia en el proceso penal. Es claro que las invasiones en la esfera jurídico-fundamental, que pueden articularse mediante actuaciones en esta sede, afectan a la esfera más íntima, al núcleo esencial, al derecho a la libertad en general. También proclama como valor superior nuestra Carta Magna, artículo 1.1.

La significación del modelo procedimental penal, vigente en cada país, ya fue destacado por GOLDSCHMIDT calificándolo de «termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su constitución» (4). Nuestro ordenamiento criminal ha sido y es reflejo de tales elementos, debiendo resaltarse los vaivenes que ha padecido, en armonía con los imperativos políticos vigentes en cada momento (5), como también la dispersión y frecuente contradicción normativa a que ha estado sometido. Recordemos en este último sentido la pluralidad de procedimientos penales que, a diciembre de 1988, teníamos en nuestro país: el procedimiento ordinario, que paradójicamente era el menos utilizado; los de urgencia de única y doble instancia, fruto de la reforma apoyada en el título III del libro IV de la LECr por la Ley de 8 de abril de 1967; procedimiento para enjuiciar delitos dolosos menos graves y flagrantes, consecuencia de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre; el de protección jurisdiccional de las As. Fds. de la persona regulado en la Sección I, «Garantía jurisdiccional penal», de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre (6), a los que hay que unir, amén de los especiales, el juicio de faltas.

El panorama que se nos ofrecía era calificable, pues, de complejo, confuso, contradictorio y, en cierta manera, deshumanizado, pese a su reforzamiento, a nivel de derechos fundamentales, por el TC y los Tribunales Supranacionales; ello, en modo alguno, puede encontrar justificación por el hecho de que, históricamente, se haya venido hablando de crisis, en término de continuidad, máxime cuando muchas de las carencias, aún achacables a la Administración de justicia, fueron ya puestas de manifiesto por autores como ORTIZ DE ZUÑIGA (7), GARCIA GOYENA (8), GOMEZ DE LA SERNA (9), CASTRES (10), GUTIERREZ-CAÑAS (11), NOUGES (12), GOMEZ Y NEGRO (13), DE PASO (14), etc., quienes mostraron su preocupación ante la falta de independencia e imparcialidad, lentitud, coste y carencia de medios.

Fiel reflejo de esta preocupación fue la elogiada exposición de motivos de ALONSO MARTINEZ, donde se destacaron los vicios capitales del ordenamiento procesal penal en los términos antes señalados, así como los remedios con los que se pretendía hacerles frente (15), algunos de éstos se apuntan en la Constitución de 1812, como es sabido arranque de una evolución liberal que posibilitará el tránsito del proceso penal inquisitivo al acusatorio formal o mixto. En la evolución normativa procesal penal son hitos importantes el Reglamento provisional para la Administración de justicia en los respectivo a la Real jurisdicción Ordinaria de 26 de septiembre de 1835 y la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal, publicada por Orden de 22 de diciembre de 1872, que desembocaron en un modelo de enjuiciamiento caracterizado por principios como: separación del órgano instructor y decisor, oralidad y publicidad del juicio, única instancia, juicio por jurados, etc. Sin embargo, el modelo procesal de 1872 no cuajó por la falta de una organización judicial que no llegó a crearse.

Avatares políticos posteriores enrarecen el panorama procesal penal hasta el punto de que la Compilación General de 1878, a espaldas de la evolución anterior, reimplantó regresivamente el sistema inquisitivo,

suprimiendo la separación entre el órgano que instruye y falla, eliminando la oralidad y publicidad del juicio, el jurado, etc. (16)

La, en gran parte vigente, LECr de 1882, continuadora de la de 1872, acogió un modelo inspirado en el Código de Instrucción Francés de 1808 e informado por el principio acusatorio formal o mixto, que aglutina elementos del principio acusatorio puro y del inquisitivo, elementos que aparecen con mayor o menor intensidad en la investigación y enjuiciamiento (17).

No obstante, es preciso destacar que tal recepción no se operó en el juicio de faltas en el que ha estado presente, en cierta medida, el principio inquisitivo, siendo la doctrina del TC la que, a la luz de una correcta interpretación constitucional, ha reclamado el acusatorio para este juicio (18).

La fase sumarial del que, en la Ley de 1882, puede calificarse como juicio tipo, el proceso ordinario por delitos es caracterizable por la subsistencia de gran parte de las notas que tipificaron al proceso inquisitivo, al estimarlas más apropiadas a la finalidad perseguida que, conforme al artículo 299 LECr, se concreta en determinación del hecho punible e identificación y aseguramiento del autor y, eventualmente, de las consecuencias patrimoniales del hecho (19); aunque, debemos reconocerlo, es observable el intento explicitado por ALONSO MARTINEZ de trasladar el acusatorio al sumario, dando al imputado la posibilidad de intervención o regulando el auto de procesamiento como manifestación del, hoy constitucional, derecho de información, respecto del que supuso un avance importante la reforma de 1978 (20).

Fue, pues, en el juicio oral donde con más pureza se dio entrada al acusatorio por cuanto, y en primer lugar, competente para conocer de él era un órgano colegiado distinto del unipersonal encargado de la instrucción, asegurándose la imparcialidad de aquél mediante la causa de recusación número 12 del artículo 54 LECr (21).

En segundo lugar, por la no confusión entre quien acusa y juzga; con un acusador público el MF, junto en su caso a la acusación particular y popular (22). En tercer lugar, por la correlación objetiva y subjetiva entre acusación y fallo (23). En cuarto lugar, por la prohibición de la *reformatio in peius* (24), etc.

El modelo penal de 1882 responde, además, al principio de legalidad en la persecución y castigo de los hechos tipificados como punibles, plasmado, entre otros, en los artículos 1º, 100, 105, 642 y 644 LECr y especialmente ligado a las corrientes positivistas y teorías retribucionistas de HEGEL, MELZER o MERKEL (25), ello no empece para que puedan encontrarse manifestaciones concretas del de oportunidad en la conformidad del acusado de los artículos 655 y 694, entre otros (26).

Responde, asimismo, el modelo procesal penal de 1882 a los de investigación de oficio, mutado en la fase de enjuiciamiento por obra, entre otros, del artículo 729.2 LECr, con el límite allí impuesto: contradicción e igualdad en el juicio oral, verdad material, objeto indisponible, libre apreciación de las pruebas, oralidad, publicidad, intermediación, concentración, etc.

En materia de procedimientos se distinguían: el ordinario, con la variante del relativo a los delitos flagrantes; los procedimientos especiales y el juicio de faltas, con doble instancia para éstas y única para los primeros. Este modelo de 1882 pudo llevarse a la práctica gracias a la reforma orgánica operada por la Ley Adicional a la OPJ de 1882.

Estas características, que hacían de nuestro proceso penal uno de los más avanzados del mundo occidental, quiebran, en parte, en las sucesivas reformas que, con el pretexto de acelerar el procedimiento, subvierten y desnaturalizan algunas de sus máximas, con grave merma de las garantías para el justiciable.

Entre otras reformas voy a destacar, por sus efectos negativos, la de 8 de abril de 1967, con sus precedentes de 1957 y 1959. La Ley de 8 de junio de 1957, modificada y ampliada por la de 30 de julio de 1959, transformaba el título III del libro IV LECr, sustituyendo el viejo procedimiento para delitos flagrantes por el de urgencia que, si bien tuvo inicialmente un ámbito de aplicación reducido, se vio pronto incrementado. Tanto la Ley de 1957 como la de 1959 respetaron el principio acusatorio en cuanto a la no confusión entre órgano instructor y decisor, al igual que la de 24 de diciembre de 1962, norma esta última que mutó el

sumario por las diligencias preparatorias y prescribió la celebración del juicio ante la Audiencia, constituida con un solo Magistrado, el cual no era infrecuente que formara parte de la Sala en la apelación (27).

De entre los procedimientos regulados en la criticada Ley de 1967 (28) voy a referirme brevemente al de urgencia de doble instancia, que supuso un injerto contra natura en el cuerpo de la LECr. Contempla la Ley la ordenación de unas diligencias previas comunes que la práctica desbordó, de carácter secreto o, a lo sumo, semipúblicas desde el juego de los viejos artículos 783.1 y 790.3, seguidas de las preparatorias, en las que se admitía contradicción, debilitándose la posición del imputado por cuanto que la defensa era diferida preceptivamente a la calificación, agravándose con la supresión del auto de procedimiento, sin sustituirlo por un acto formal de inculpación, pese a hablarse doctrinalmente de «encartamiento» ante la utilización por ley del término «encartado» para designar, a veces, al imputado (29), lo que puede resultar peligroso en un sistema como el nuestro que permite la acción popular, amén de la indefensión que podía generar la denominada defensa por correo (30).

En el juicio oral las pruebas tenían un carácter residual (ver art. 791, sexta, 2º, antes de la reforma de 1988), se permitía la condena en ausencia, sin perfilar el concepto de la ausencia injustificada, sí bien en la exigencia de la citación personal (*vid.* antiguo art. 791, octava, 2º) no se respeta plenamente el principio de igualdad entre el MF y el resto de las partes (31).

Pero, con ser graves estos defectos, quizá deba resaltar, por su importancia, la unificación en un mismo juez de las funciones instructora y decisora que lleva a excepcionar la causa de recusación número 12 del artículo 54 LECr, rompe el principio acusatorio, celosamente guardado hasta entonces, e infringe una de las máximas garantías que el justiciable tiene derecho a exigir, la de ser juzgado por un tribunal imparcial. Todo esto ya fue inútilmente denunciado por los profesores de Derecho procesal en las III Jornadas celebradas en Valladolid.

La situación sigue complicándose con la creación de la AN por Real Decreto-ley de 4 de enero de 1977, respeto de la cual, aun acatando la solución de constitucionalidad del TC (32) confirmada por la sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 1988 en el caso Barberá, Messegue y Jabardo, sigue habiendo dudas a este respecto (33) y, asimismo, con la de los JCI a quien el legislador atribuye competencias en materia de instrucción y fallo (34).

En 1980 el panorama procesal empeora y al ya confuso modelo viene a añadirse un nuevo proceso para el enjuiciamiento de delitos dolosos menos graves y flagrantes, equivocando una vez más el legislador el fin del proceso con la rapidez e insistiendo en la quiebra del principio acusatorio, pese al reconocimiento constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías, lo que resultaría más preocupante por la posibilidad de imponer penas privativas de libertad de hasta seis años. Una vez más la causa 12 del artículo 54 LECr hay que excepcionarla.

La Ley de 1980, pese a sus innovaciones y al papel que quiere que juegue el Ministerio Fiscal y la Policía en la fase de investigación, inviable por razones orgánicas, presenta un balance final negativo por la vulneración del principio acusatorio, a lo que hay que añadir la deficiente regulación de los escritos de calificación, la posibilidad de acusaciones por sorpresa o las fisuras en el derecho de defensa (35).

La insistencia del legislador en inobservar el principio acusatorio sigue aflorando en la LOPJ de 1985 en materia de competencia y recusación (36), al igual que en la LO 2/1986, sobre Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, artículo 8.1; y ello a pesar del mandato constitucional de la doctrina del TC, del TEDH y de la CEDH en los casos Delcourt, Piersach, De Cubber, Hauschildt, Ben Jacob, Belilos, Pauwels, etc (37).

La desolación del panorama procesal puede coadyuvar a explicar la época de crisis, confusión y desconfianza que ha alcanzado cotas alarmantes de riesgo para el Estado de Derecho y ello ante una parcial pasividad del legislador pese a la STC 113/1987, prólogo de la 145/1988, sentencia ésta que, como es sabido, fue el detonante de la reforma de 28 de diciembre de 1988, de cuyo análisis van a ocuparse los

ponentes de la mesa redonda de esta tarde, lo que me va a permitir ser muy breve en su comentario y cuyas consecuencias no son fáciles de valorar a un mes de su entrada en vigor.

Quiero, no obstante, destacar que el legislador sigue dando muestras de la falta de un modelo contrastado para este orden jurisdiccional y ello no sólo por las profundas diferencias entre el Anteproyecto y el Proyecto (38), sino por la postura de duda e incertidumbre mantenida en temas capitales como la prisión provisional o la competencia, por citar algunas, así piénsese en las reformas de 1983 y 1984 (39) o en la modificación de la LOPJ, sin haber entrado en vigor, respecto de la competencia, por obra de la Disposición Adicional 34, y parece evidente que sin un claro modelo procesal no es posible una reforma coherente y eficaz.

Es obvio que el legislador desborda las exigencias de la Sentencia 145/1988, que se hubieran cumplido con la precisa reforma orgánica; sin embargo, se acomete también la reforma procedimental creando expectativas luego difíciles de erradicar; en cuanto a la reforma orgánica puede que no sea la definitiva si no se acomoda al nuevo modelo y ello porque lo oportuno es adecuar el órgano a la función y no a la inversa (40).

En un somero análisis de su articulado habría que destacar la vuelta al principio acusatorio al separar orgánicamente la función de instrucción y enjuiciamiento (41), para lo cual se crean los juzgados de lo Penal y Centrales de lo Penal y a nivel de órganos colegiados se establece el nombramiento de un instructor de entre los miembros de la Sala conforme a un turno preestablecido; dicho instructor no podrá formar parte de la Sala en el enjuiciamiento de las causas que instruya, reimplantando, en el número 10 del artículo 219 LOPJ, como causa de recusación, el haber sido instructor de la causa; se pretende, además, la consolidación del acusatorio por el mecanismo de dar un mayor protagonismo a las partes, tema que acaso convendría meditar más profundamente en orden a los principios informadores del proceso penal. Quedan, no obstante, todavía, algunas sombras en vía de impugnación de medidas cautelares (42), sobreseimiento (43), supuesto del artículo 789.5 segunda, LECr (44), etc., que pueden comprometer la necesaria imparcialidad objetiva (45).

El ámbito del procedimiento abreviado de la LO 7/1988 es amplísimo, lo que lo va a convertir, en la práctica, en el juicio más utilizado, a través se van a enjuiciar todo tipo de delitos cuya pena privativa de libertad, abstractamente establecida, no exceda de doce años o, siendo de otra naturaleza, sin limitación de cuantía y duración, distribuyéndose la competencia objetiva entre los juzgados de lo Penal, Centrales de lo Penal y Audiencias Provinciales, en la forma ordenada por el artículo 14 LECr en su nueva redacción (46). Parece evidente que si el nuevo procedimiento abreviado puede calificarse de adecuado para el enjuiciamiento de delitos menos graves, puede resultar insuficiente para el resto (47).

Sigue el legislador el criterio, a mi modo de ver insatisfactorio, de determinar la competencia desde la cuantía de la pena, cuando debiera ser con base en el tipo de infracción desde donde ésta se estableciera (48), lo que quizá evitara autos de inhibición como los de los artículos 790.3 y 793.8 que pudieran buscarse en fraude de las normas que rigen la competencia objetiva; y ello pese a lo positivo de la desaparición de la flagrancia en este punto frente a la redacción del Anteproyecto (49).

40 Hay que destacar positivamente lo que supone de clarificación del panorama procesal, al sustituir los dos procedimientos de urgencia de la Ley de 1967 y el de enjuiciamiento de delitos dolosos menos graves y flagrantes de la de 1980 por el nuevo procedimiento abreviado que se construye, desde la celeridad como meta a conseguir, lo que no siempre es bueno, pues rapidez y garantías no son conceptos que se combinen fácilmente bajo una fuerte influencia del procedimiento de urgencia de doble instancia y del de la Ley de 1980, y con una mimética dependencia respecto de los problemas surgidos por el uso y circulación de vehículos a motor.

No pueden olvidarse, en este punto, las amplias facultades de investigación autónomas, y a veces suficientes, del Ministerio Fiscal y Policía Judicial, excluyendo, como no podría ser de otro modo, las medidas

limitadoras de derechos fundamentales, facultades que, a pesar del mandato del artículo 785 bis, 3, LECr, podría tal vez, y ante una falta de coordinación, dar lugar a investigaciones paralelas (50).

El legislador sigue atribuyendo formalmente la instrucción a un órgano jurisdiccional que ve incrementada notablemente su competencia, ya que van a desarrollarse ante él también la fase intermedia y los escritos de calificación provisionales, lo que puede afianzar el acusatorio, a salvo el aspecto antes aludido del sobreseimiento (51).

La oralidad que sigue la pauta de los artículos 120 CE y 220 LOPJ, pero quiebra en la segunda instancia y disminuye, frente a tercero, en la prueba anticipada (52).

Debe resaltarse como positiva la regulación de la autodefensa en los artículos 785.1 y 789.4 LECr (53), como también la de la defensa técnica mejorando la de oficio respecto del imputado detenido, para el que la Ley prevé su continuidad hasta el final del proceso al margen de los problemas asociativos que ello pueda plantear (54). Para el resto quizá fuera necesaria una generosa interpretación del artículo 788 LECr, acorde con el 24.2 CE y el 118.4 LECr, que permitiera su obligatoriedad desde el interrogatorio (55). Por su parte, la supresión de la defensa por correo y la justificación de la renuncia sólo por impedimento legítimo contribuyen a evitar la indefensión (56). Lo que quizá no sea tan aceptable es la asunción de funciones del Procurador por el Abogado hasta el juicio oral, al menos mientras no se clarifique el futuro de aquel cuerpo; aunque parece referido al turno de oficio (57) (58).

Sigue sin existir un acto formal de inculpación, lo que no significa que la presunción de inocencia haya sido reforzada; su regulación, por otra parte, no es contraria al hecho de que la acusación corresponde a las partes acusadoras, todo ello pese a lo positivo del sobreseimiento cuando no existan indicios racionales de criminalidad (59).

Puede quizá que sea excesiva la condena a un año de privación de libertad sin oír al acusado que no ha sido citado en persona, y ello pese a la purga de la rebeldía por medio del recurso de anulación y de la necesaria intervención del Abogado del ausente (60).

La admisión de hechos, conformidad hasta seis años de privación de libertad, aparece regulada de forma un tanto genérica, introduciendo criterios diferentes a los de los artículos 406 y 699 LECr; acaso convendría reflexionar más profundamente sobre este derecho y los fundamentales del artículo 24 CE y clarificar el tema de la conformidad en su relación con la indisponibilidad del objeto, buscando justificaciones más allá de la simplificación procesa (61).

A destacar positivamente la regulación del cambio, en el objeto del proceso, después del período probatorio, y la adecuación a los límites impuestos por el TC en este punto, con la vista puesta en la proscripción de la indefensión. En la misma línea positiva, y como una manifestación más en la agilización de la tramitación, la posibilidad de dictar sentencia *in voce* (62).

Los recursos son quizá la materia que presenta una regulación más débil e insuficiente, pese a su carácter de derecho fundamental, incardinado por nuestro TC en el de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y a las exigencias derivadas del artículo 14 del Pacto de Nueva York a resaltar lo negativo de la institucionalización del recurso de queja como recurso normal frente a la desestimación de la reforma (63), amén de la falta de fijación de un plazo (64) y de lo contradictorio del informe exigido en el artículo 233 LECr.

La apelación sigue reservándose, a nivel de sentencias definitivas, para los delitos de menor gravedad, impidiendo que los reservados al conocimiento de la Audiencia Provincial puedan servirse de ella teniendo las partes como vía de impugnación, en este caso, el extraordinario de casación, disminuido en su ámbito de aplicación ante el incremento de la competencia del juez de lo Penal (65).

El recurso de anulación, que intenta seguir las pautas de la Resolución (75) 11 CMCE que exige: «La persona juzgada en ausencia, en tanto no haya sido citada regularmente, debe disponer de un recurso

para hacer constar la nulidad de la sentencia», carece de regulación, planteándose un sinfín de interrogantes en lo referido a su ámbito de aplicación, tramitación, plazo máximo de interposición, posibilidad de ejecución de la pretensión de resarcimiento, etc., que la jurisprudencia y la doctrina han de contestar (66).

A destacar, por último, la posibilidad de ejecución provisional de los pronunciamientos sobre responsabilidad civil que siguen las directrices del artículo 385 LECr y que es una novedad en el contenido reformado del artículo 989 LECr.

Frente al insatisfactorio prototipo procesal penal español, hasta aquí brevemente expuesto, quizá fuera conveniente una rápida incursión en los ordenamientos de algunos países de nuestro entorno comunitario, a fin de ver en qué medida sus modelos y experiencias pueden servirnos de orientación.

Comenzando con el alemán federal, cuyas características desde la reforma de 1975 (67) se justifican por la necesidad de aceleración y simplificación del proceso, reducción del coste y urgencia de hacer frente a nuevas formas de criminalidad, estableciéndose para su logro una serie de medidas aceleradoras del procedimiento, entre ellas: supresión de trámites que se habían revelado inútiles, regulación de los actos procesales evitando dilaciones en su desarrollo, ampliación de atribuciones al MP, a quien se encomienda la investigación, con la reestructuración de esta fase principal causante del retraso de la Administración de justicia, etc.

En la regulación del proceso por la Ordenanza Procesal Penal Alemana habría que destacar el principio acusatorio y el de legalidad como informantes del sistema (68), si bien este último con importantes atenuaciones en favor del de oportunidad. A este tenor es resaltable el juego del mismo, desde la no persecución, en supuestos como los siguientes: delitos castigados con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, cuando la culpabilidad es ínfima o no existe interés público en su persecución; en el supuesto de hechos cometidos en el extranjero o por extranjeros en la RFA; en casos de arrepentimiento o por motivos políticos. Asimismo, implica, otras veces, el cumplimiento de determinadas condiciones o prestaciones sociales, exigiéndose en unos supuestos la aprobación del Tribunal y en algunos, además, la del imputado, etc. (69).

El principio de oportunidad se manifiesta también en el archivo de la causa incoada, que lleva a cabo generalmente el Tribunal, en los casos a los que he hecho referencia, con la aprobación del MP y no siempre del imputado (70).

A destacar, por su importancia, la constatación del principio de proporcionalidad respecto a la adopción de la prisión provisional, como también en otras medidas cautelares personales y patrimoniales (71), así como la definición de la calidad del imputado y acusado (72). Los principios de la contradicción y audiencia se refuerzan desde la imposibilidad de imponer pena preventiva de libertad, en ausencia del acusado en el Juicio oral, permitiendo, no obstante, y a su ruego, la petición de dispensa de la obligación de comparecer, en cuyo caso la pena a imponer no podrá ser superior a seis meses de privación de libertad, debiendo ser representado en el Juicio por un Abogado (73), asimismo, se lleva a cabo una respetuosa regulación de las citaciones y mejora del derecho de defensa público.

Procedimentalmente el modelo alemán se estructura en un proceso ordinario en el que se distinguen tres fases: una de investigación a cargo del MP que no tiene competencia para adoptar medidas cautelares, salvo caso de urgencia, debiendo entonces ser ratificadas por el juez; en esta fase se persigue la averiguación del hecho, circunstancias favorables o desfavorables, así como la recogida y conservación de pruebas, a fin de que, en su caso, el MP ejerza la acción penal pública que monopoliza. Esta fase termina bien con el archivo, bien con la formulación de un escrito de acusación (74).

Quizá sea útil destacar que este MP, conforme al párrafo 146 de la LO de los Tribunales, funciona con sujeción a las órdenes de su superior relativas al servicio; así como que el Fiscal General Federal y los Fiscales Federales son nombrados por el Presidente Federal a propuesta del Ministro de Justicia, con la aprobación del Bundesrat, y no son recusables (75).

El procedimiento ordinario tiene una segunda etapa de procedimiento intermedio, jurisdiccional y contradictoria que tiende, actuando como filtro, a comprobar si existen elementos suficientes para abrir el juicio oral, lo que se lleva a cabo sólo cuando el Tribunal considera al imputado suficientemente sospechoso del hecho; si no es así el proceso se archiva. Y una tercera fase, la del juicio oral que termina con la sentencia (76).

Junto al procedimiento ordinario, y como variante, se regula el juicio acelerado, reservado para supuestos de privación de libertad mínima inferior a un año, casos sin complicación donde el procedimiento ordinario se simplifica considerablemente, pudiéndose formular oralmente la acusación.

De entre los procedimientos especiales habría que destacar el Juicio por orden penal, conocido como proceso monitorio, por medio del cual se pueden enjuiciar delitos que no lleven aparejada privación de libertad superior a un año, no pudiéndose imponer pena de esta naturaleza en la orden penal que se dicta sin contradicción, siendo, a continuación, el imputado informado ampliamente sobre su derecho a oponerse, así como que en ese caso la orden no tiene fuerza vinculante para el juicio posterior. No habiendo oposición la orden deviene firme, produciendo efectos de cosa juzgada (77).

En materia de recursos se regulan queja, apelación y casación, ésta sólo por infracción de ley, admitiéndose la casación *per saltum*.

El ordenamiento italiano ha elaborado y publicado el pasado año 1988 un nuevo CPP, que entrará en vigor en el año en curso, cuyos objetivos van dirigidos a la aceleración del proceso y reforzamiento de los principios acusatorio y de contradicción, aunque se reconoce que la igualdad de armas no puede ser total en la fase de investigación (78).

A destacar en el nuevo Código la supresión de la figura del juez instructor, atribuyendo la investigación al MP, pero cuidando de distinguir entre uno y otro, evitando que el MP detente funciones jurisdiccionales (79); el Fiscal, sin ser recusable, goza de una importante autonomía, por cuanto no puede recibir órdenes en el caso concreto, autonomía e imparcialidad que se incrementan con la reforma pero que encuentran su límite en la posibilidad de sustitución, si bien matizada por grave impedimento o relevantes exigencias del servicio, en cualquier otro caso la sustitución sólo puede efectuarse con su consentimiento, con lo que se pretende evitar las infundadas (80).

El MP es quien monopoliza el ejercicio de la acción penal pública mediante acusación obligatoria, manifestación del principio de legalidad (81) con algunas concesiones al principio de oportunidad, entre las que habría que destacar la aplicación de la pena por petición de las partes, pero limitada a la de privación de libertad de dos años (82).

El procedimiento se estructura en una investigación preliminar a cargo del MP y donde el papel del juez se reduce a la adopción de medidas cautelares limitadoras de derechos, a la autorización y dirección de un factible incidente probatorio y a la posibilidad de archivo provisional, entre cuyos motivos no hay razones de oportunidad. Es también destacado el papel de la policía judicial en esta fase, actuando ya por propia iniciativa, ya a las órdenes del MP; a su término, si no hay archivo, el MP formula la imputación y se fija fecha para la audiencia preliminar (83).

La audiencia preliminar, a la que el imputado puede renunciar conforme al artículo 419.5 CPP, tiene naturaleza jurisdiccional y es contradictoria, sin publicidad para terceros, concluye en una vista en la que el juez dispone la apertura del juicio, sólo si está convencido de la existencia del hecho punible y la autoría del imputado, en caso contrario dicta sentencia de no haber lugar a proceder (84).

En esta fase se ha incrementado el contradictorio, garantizándose la participación de la acusación y la defensa de modo paritario; a la audiencia preliminar, que actúa como filtro de posibles situaciones infundadas, le sigue la fase del juicio oral que terminará con sentencia (85).

Como formas simplificadoras del ordinario, el Código regula una amplia gama de posibilidades, entre ellas el juicio inmediato, sólo posible cuando la prueba del delito es evidente, lo solicita el MP después del

interrogatorio, o el imputado renunciando a la audiencia preliminar (86). El juicio abreviado, en el que se prescinde de la fase de juicio oral y que requiere petición del imputado y consentimiento del MP, accediendo el juez sólo si la carencia del juicio no implica merma de garantías (87). El juicio directísimo, reservado para delitos flagrantes seguidos de detención si ésta se covalida o, en caso contrario, si hay acuerdo del MP e imputado; también para cuando éste confiesa en el curso del interrogatorio; en él se prescinde de la audiencia preliminar (88). El juicio por decreto, ampliado sensiblemente en el nuevo Código, queda reservado para delitos perseguidos de oficio, cuando el MP prevé que la pena a imponer será pecuniaria, de privación del carnet de conducir, etc., aunque lo sea como sustitución a una privativa de libertad. Guarda similitud con el monitorio alemán y aquí también se dicta el decreto condenatorio sin audiencia del imputado, advirtiendo de sus consecuencias a éste y al responsable civil, si no se ejercita oposición el decreto deviene firme (89).

En cuanto al procedimiento ante el Pretor, presenta como variantes el carácter sumario de la investigación atribuida al MP, en el cual el incidente probatorio es excepcional; la exclusión de la audiencia preliminar, regulándose una de conciliación para los delitos perseguibles por querrela; no se prevé legalmente la posibilidad del juicio inmediato (90) (91).

En materia de recursos el Código italiano regula el de apelación y casación en términos de normal sucesión entre uno y otro, y con fines aceleratorios, más teóricos que reales, sigue admitiendo la casación *per saltum*.

En Portugal se ha procedido a una profunda renovación del ordenamiento procesal penal a través de un nuevo Código, publicado en 1987 (92), mediante el que se pretende la instauración de un sistema procesal que permita alcanzar, en la medida de lo posible, las finalidades de realización de la justicia combinadas con la garantía de los derechos fundamentales y de la paz social. Se tiende a la simplificación y aceleración de la tramitación procesal, evitando formalismos inútiles; reforzamiento del acusatorio y del principio de legalidad, algunas concesiones al de oportunidad; afianzamiento del de contradicción e igualdad de armas entre acusación y defensa; reforzamiento de la oralidad; afianzamiento de la posición jurídica del imputado mediante su declaración formal como tal y el sometimiento de las medidas cautelares a los principios de proporcionalidad y masividad (93) (94).

En la persecución de los delitos públicos, cuya acción también aquí monopoliza el MP (95), se distingue entre pequeña y gran criminalidad que reclaman tratamientos diferentes; la primera, dada su escasa reacción social, ha de corregirse en términos de oportunidad, rapidez, transacción o consenso, lo que se hace posible mediante archivo, la suspensión provisional del procedimiento bajo condiciones y reglas de conducta, que no pueden ofender la dignidad del imputado, o desde la conformidad, estas dos últimas tienen como tope penas privativas de libertad no superiores a tres años (96).

Los tipos procedimentales sensiblemente reducidos se limitan al ordinario, sumario y sumarísimo; el primero se articula con base a una investigación preliminar a cargo del MP, donde juega un importante papel la Policía Judicial, que está bajo sus órdenes y dependencia funcional, en lo relativo a las finalidades del proceso. Hay que destacar que la actuación del MP se rige por los principios de imparcialidad y objetividad, y que, a diferencia de otros ordenamientos, este Fiscal es recusable (97), no configurándose como una parte sino, según la doctrina, a modo de magistratura independiente, sí bien el Código se preocupa de señalar que no tiene funciones jurisdiccionales y que las medidas cautelares ha de acordarlas el juez; esta investigación termina con la decisión de deducir acusación o con el archivo a cargo del MP (98).

Esta fase puede ir seguida de una intermedia denominada instrucción, tendente a comprobar la decisión de acusación; pero hay que resaltar que aquí tiene carácter facultativo, no estando prevista para los procesos especiales. Esta etapa es jurisdiccional y contradictoria, se desarrolla en un debate oral en el que las partes civiles no pueden intervenir; la instrucción termina con un despacho de pronuncia o de no pronuncia, el primero sólo cuando hay indicios suficientes para la posible imposición de una pena o medida

de seguridad (99).

El despacho de pronuncia abre la fase de juicio oral y, en su ausencia, el Tribunal procede, en primer lugar, sobre el fundamento de la acusación, el juicio oral termina con sentencia (100).

Como procedimientos especiales sólo se recogen el juicio sumario para delitos flagrantes castigados con penas privativas de libertad hasta tres años, cuando el imputado tiene como mínimo dieciocho años. Y el juicio sumarísimo tiene cierto parecido con el monitorio en cuanto que mediante él sólo pueden enjuiciarse delitos perseguibles de oficio sancionados con pena de hasta seis meses de privación de libertad, no pudiéndose imponer pena de esta naturaleza sino solamente multa o medida de seguridad que no implique detención; pero se diferencia del monitorio en que hay audiencia, y sólo cuando el imputado se conforma, se dicta despacho condenatorio, que no es recurrible y que equivale a una sentencia de condena (101).

Los medios de impugnación son una muestra de la simplificación del proceso y, por ello, el recurso no se admite cuando hay manifiesta falta de fundamento; se elimina el doble grado del recurso, articulándose uno ordinario único para las Relações (Tribunal de Segunda Instancia) (102), y ante el Supremo Tribunal de justicia (103).

No quisiera terminar mi intervención sin hacer referencia al posible nuevo modelo procesal penal, al que a lo largo de estos días voces más autorizadas que la mía van a intentar perfilar en sus líneas fundamentales.

Parece evidente que la reforma procesal que se acometa ha de ir acompañada de la reforma orgánica necesaria, y ello porque, como he dicho, el órgano debe adecuarse a la función; y quizá desde esta perspectiva haya de cuestionarse nuevamente la planta actual y reconsiderar la supresión de los juzgados de Distrito (104) y la conversión de muchos de ellos en juzgados de Paz, con un alejamiento grave de la justicia del justiciable, que sin ir más allá, en esta provincia ha conducido a que haya núcleos de población separados por más de cien kilómetros de los juzgados de Instancia y de lo Penal; parece que pueden haber sido criterios de productividad y no de eficacia los que hayan guiado la reforma, lo cual puede ser grave si a través de ello llegamos a convertir a la Administración de justicia en un servicio público. Hay que reconsiderar también el sistema político de selección de los jueces de Paz y quizá la posible saturación de los juzgados de Instrucción, de lo Penal y Audiencias Provinciales, lo que en nada va a coadyuvar a la solución de la lentitud con que se administra justicia; convendría también reflexionar sobre la posible creación de Salas de recursos (105), con las que se lograría despejar la sombra que se cierne sobre el acusatorio a la que antes hice referencia. No puede olvidarse la necesidad de que la posible reforma orgánica vaya seguida de la adecuada dotación humana en número y preparación suficiente, así como de la material imprescindible a una moderna oficina judicial y fiscal, sin la que cualquier reforma se desarrolla en el vacío, y prueba de ello existe en nuestra experiencia histórica, evitando así que carencias de este tipo puedan nevar a la posible quiebra de la independencia jurisdiccional (106).

Es de desear que el nuevo proceso penal no se regule exclusivamente como instrumento represivo, ha de combinar el derecho al ejercicio de *ius puniendi* con el del imputado a una sentencia absolutoria, y ello, entre otras razones, por respeto a la presunción de inocencia y a la finalidad que a la pena atribuye el artículo 25 Código. Parece obvio que el proceso penal debe trazarse desde la protección y observancia real y efectiva de los derechos fundamentales y libertades públicas consagradas en la Constitución y en los Convenios y Tratados internacionales suscritos por España, ofreciendo al justiciable el debido proceso, sin olvidar la conveniente tendencia homologadora internacional (107).

Es imprescindible la identificación de los principios que lo informan de una manera clara y su acatamiento a lo largo del articulado; parece que principios como el acusatorio, legalidad, igualdad, contradicción, proporcionalidad, publicidad, oralidad o libre apreciación de la prueba son irrenunciables en un proceso penal acorde con el Estado de Derecho.

Pese a la clarificación que ha supuesto la reforma de 1988, sigue existiendo la necesidad de simplificar

el modelo procesal, en un intento de conseguir una justifica eficaz; en esta línea los ordenamientos procesales extranjeros han utilizado, como hemos visto, tres tipos de medidas: potenciación del MF; incremento del principio de oportunidad; formas procesales simplificadas.

La potenciación de nuestro MF es un tema que ha despertado recelos desde el intento legislativo del anteproyecto de 1988 (108), aunque es significativa su consolidación internacional. El otorgar al MF la fase de investigación, excepción hecha de las resoluciones que suponen limitación de derechos fundamentales o prueba anticipada, puede ser eficaz de cara a la potenciación del principio acusatorio, si ella va acompañada de una fase intermedia que sirva de filtro a posibles acusaciones infundadas; contribuiría, además, a que la adopción de las medidas cautelares, de carácter jurisdiccional, fueran rogadas, aunque no necesariamente contradictorias, con lo que se incrementaría la imparcialidad y la justicia del caso concreto; asimismo, ganaría la celeridad de esta fase, y con ello la del proceso, cumpliéndose la finalidad que a la misma le diera el legislador de 1882, desterrando la viciada práctica de hipervalorar la instrucción y asegurando el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (109) (110).

De adoptarse esta medida debería ir precedida de la necesaria reforma orgánica que elimine cualquier injerencia del Ejecutivo en la actuación del MF, acentuando su independencia e imparcialidad en el ejercicio de la acción de la justicia (111), sin olvidar, no obstante, que no es equiparable a la jurisdiccional; así como de la necesaria dotación de personal y oficina fiscal, que haga efectiva y eficaz la medida y evite su actuación u omisión interesada. Sin olvidar arbitrar las especiales oportunas que eviten la ineficacia de la acción popular y su control por el MF.

Respecto al incremento medido del principio de oportunidad ha de ser contemplado en cualquier caso desde un equilibrio con el de la legalidad, contrapesado por el de proporcionalidad (112), sin que sean únicamente razones de economía las que avalen su adopción. Debe reflexionarse sobre si el proceso puede ser un lugar adecuado para la regulación del mismo, y si conviene dejar en manos de las partes, y entre ellas el MF, la persecución de determinados delitos, y si debe facilitarse la terminación anticipada del proceso, mediante fórmulas autocompositivas, que lleven al sobreseimiento o archivo a una amplia gama de posibilidades (113).

Pero no debe olvidarse que su implantación, en un ordenamiento como el nuestro, influido históricamente por el principio de legalidad, ha de meditar profundamente tanto desde su ámbito de aplicación como en el momento de su posible ejercicio, tanto desde el equilibrio señalado con el de legalidad bajo el que constitucionalmente actúa el MF y garantiza, entre otros, el artículo 9.3 de la Constitución, como desde su coordinación con la existencia de acusadores populares, particulares y actores civiles, con un profundo respeto al principio de igualdad y proporcionalidad en la medida; garantizando además la libre y espontánea conformidad del imputado y la ratificación del Abogado.

Respecto a las formas procesales simplificadoras acaso fuera también conveniente analizar si procede la implantación de un proceso monitorio para las infracciones más leves, cuando la pena privativa de libertad fuera de muy corta duración, con las características que hemos visto en el ordenamiento alemán y, por ello, sin posibilidad de imponer sanción privativa de libertad por medio de la resolución penal; bien entendido que su regulación debe hacerse dentro del marco del derecho a la presunción la inocencia y sin que resulte afectado el derecho de defensa (114).

Voy a concluir reiterando mi agradecimiento a los componentes de la mesa presidencia, moderadores, ponentes, congresistas y organismos que han hecho posible la celebración de este II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Muchas gracias.

NOTAS:

(*) Con algunos retoques y ciento catorce citas, este texto corresponde a la conferencia inaugural pronunciada en el II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, organizado por el Consejo General del Poder judicial y la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, en colaboración con el Ministerio de justicia y diversas instituciones zamoranas, en especial su Excm. Diputación Provincial.

(1) En este sentido hay que destacar los dos últimos intentos de constitucionalización y modernización del enjuiciamiento procesal penal llevados a cabo en Italia y Portugal. Respecto del primero, el nuevo Código de Procedimiento Penal, aprobado por decreto del Presidente de la República de 22 de septiembre de 1988, publicado en la *Gazzetta Ufficiale* de 24 de octubre de 1988, con tres rectificaciones de errores puestos de manifiesto por la GU números 291, 293 y 304, de 13, 15 y 29 de diciembre de 1988, respectivamente, y que están aún en *vacatio legis*. En cuanto a Portugal la reforma se ha acometido en un nuevo Código de Proceso Penal aprobado por Decreto-ley número 78/87, de 17 de febrero, con la rectificación que, frente a determinados artículos, Nevó a cabo el Decreto-ley número 387-E/87, de 29 de diciembre.

(2) El artículo 1. 1 de la Constitución dice: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia ... »

(3) Como ya puse de manifiesto en, el Primer Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León resalto la crisis de la justicia en las diferentes órdenes jurisdiccionales, efectivamente, el análisis de la situación y las sugerencias de *lege ferenda* que aparecen recogidas en *Crisis de la justicia y Reformas Procesales*, I Congreso de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988. Asimismo, el tema se analiza, desde diversas vertientes, en *Problemas actuales de la justicia*, homenaje al profesor Gutiérrez-Alviz y Armario, Valencia, 1988, coordinado por MORENO CATENA. Vid. también desde una perspectiva básicamente referida al proceso administrativo, *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, 1989, entre otros.

(4) GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1985, pág. 67. «Los principios de la política procesal de una nación no son otros que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución... »

(5) Sobre el tema pueden verse, entre otros, TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, Madrid, 1969. GONZALEZ ALONSO, «La Justicia», *Enciclopedia de Historia de España*, vol. 2, Madrid, 1988, págs. 343 y ss. ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla, siglos XIII-XXIII*, Salamanca, 1982. PEDRAZ PENALVA, «Reflexiones sobre el Poder Judicial y la LOPJ», *Revista Jurídica La Ley*, núm. 2, 1985, págs. 119 y ss.

(6) En relación con el artículo 2.3 de la Sección I de la Ley de 26 de diciembre de 1978 se puede plantear ahora el problema de la remisión que en él se efectúa al trámite que dispone el capítulo III del título III del libro IV LECr, procedimiento de urgencia competencia de las Audiencias Provinciales, que ha quedado derogado por la LO 7/1988, de 28 de diciembre; creo que la solución aportada en la Circular de la Fiscalía General núm. 1/ 1989, págs. 11 y 12, en el sentido de considerar la remisión vacía de contenido puede ser válida y a ella me remito.

(7) ORTIZ DE ZUÑIGA, A., *Práctica general forense*, 6ª ed., 2 tomos, Madrid, 1870.

(8) GARCIA GOYENA, F., y AGUIRRE, J., *Febrero o Librería de jueces, Abogados y Escribanos...*, 9 tomos, Boix, Madrid, 1841-1842.

(9) GOMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN, J., *Tratado académico forense de los procedimientos judiciales*, 3ª ed., Madrid, 1861.

(10) LASTRES, F., *Procedimientos civiles, criminales, canónicos y contencioso-administrativos*, n 10ª ed., 2 tomos, Madrid, 1895.

(11) GUTIERREZ-CAÑAS GUTIERREZ, D., *Ensayo sobre la filosofía del procedimiento judicial la técnica y la moral en el Foro*, 4 tomos, Valladolid, 1900.

(12) NOUGES SECAL, M., *Tratado de práctica forense novísima según la LEC de 5 de octubre de 1855*, Madrid, 1856.

(13) GOMEZ Y NEGRO, L., *Elementos de práctica forense*, Valladolid, 1827.

(14) DE PASO Y DELGADO, N., *Práctica forense*, 2ª ed., Granada, 1878.

(15) De entre los vicios destaca ALONSO MARTINEZ la excesiva duración de los sumarios: «sería temerario -dice- urgir que aun bajo la legislación vigente no es raro que un sumario dure ocho o más años y es frecuente que no dure menos de dos ... », que repercutía en la duración de la prisión preventiva; la absolución de la instancia: «... que tan escandalosos procesos solían terminar por una absolución de la instancia... dejándoles por todo el resto de su vida en una situación incómoda y deshonrosa ... »; falta de intervención del imputado en el sumario: «lo peor de todo es que en él no se da intervención alguna al inculpado en el sumario ... »; coincidencia de funciones instructoras y decisoras en un mismo juez «... que el Juez: que instruye éste es el mismo que pronuncia la sentencia con todas las preocupaciones y perjuicios que ha hecho nacer de su ánimo la instrucción ... »; supervaloración de la instrucción de cara al resultado de la sentencia: «... que, por la naturaleza misma de las cosas y la lógica del sistema, nuestros jueces y Magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales ... ». En cuanto a los remedios se apuntan: «Pues bien, señor, he aquí el conjunto de medios que el nuevo sistema ofrece... la sustitución de los dos grados de jurisdicción por la instancia única; la oralidad del juicio; la separación de lo civil y lo criminal en cuanto al Tribunal sentenciada... multitud de reglas a detalle, esparcidas aquí y allá en el adjunto Código y singularmente en sus dos primeros libros... la intervención del procesado en todas las diligencias del sumario tan pronto como el juez estime que la publicidad de las actuaciones no compromete la causa pública... no es, finalmente, para echarlo en olvido; en cuanto a la brevedad del juicio se trata el libro 4º... en materia de fianzas, tan íntimamente ligada con todo lo referente a la prisión preventiva, ha procurado armonizar los fines de la justicia con los derechos del procesado... que la absolución de la instancia... está proscrita y expresamente prohibida por el nuevo Código... Los demás vicios del enjuiciamiento vigente quedarán, sin duda, corregidos en el planteamiento del juicio oral y público y la introducción del sistema acusatorio ... »

(16) En este sentido puede consultarse la evolución legislativa que marca el camino hacia la LECr de 1882 en GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la LECr*, tomo I, Barcelona, 1947, introducción, págs. XXI y ss.

(17) Sobre las notas tipificadoras del sistema acusatorio puro y del inquisitivo, ver: ALMAGRO NOSETE, «Sobre la naturaleza del nuevo proceso penal», *Separata de Anales de la Universidad Hispalense*, vol. XXVIII, año 1968, Sevilla, 1968, págs. 6 y 7, quien después de explicitar unos y otros dice: «Pero estas notas antagónicas no tienen pleno sentido en la actualidad. La comprensión adecuada del fenómeno delictivo, el tránsito de una acusación privada a una acusación pública... el especial relieve que cobran los intereses sociales e incluso los estatales, habrían de influir en el entendimiento del proceso penal, como resultado de combinar elementos de un sistema con los de otro. Según así los llamados sistemas mixtos que son, en realidad, los que imperan, por regla general, en los ordenamientos positivos extranjeros. A estos caracteres responde también la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.»

(18) En efecto, el juicio de faltas ha sido objeto de escasa atención para la doctrina, pero no es menos cierto que pese a la posición doctrinal absoluta de la falta de investigación en este juicio, ésta se lleva a cabo como se deduce del artículo 2º del Decreto de 21 de noviembre de 1952, cuando ordena al juez realizar las actuaciones preliminares o preparatorias a la mayor brevedad, lo que, en efecto, conlleva la unificación de funciones investigadoras (toma de declaración previa) y de enjuiciamiento en el mismo juez; aspecto este último respecto del que aún no se ha pronunciado el TC por entender que en el juicio de faltas no hay investigación, habiendo hecho» por el contrario, y con carácter general, acerca de la necesidad de que el principio acusatorio debe seguir en los mismos, ver, entre otras, en las sentencias 54/1985, de 18 de abril; 84/1985, de 8 de julio; 57/1987, de 18 de mayo.

(19) Vid. JIMENEZ ASENJO, «... técnico- jurídica de la instrucción criminal», *Revista de Derecho Procesal*, 1960, págs. 575 y ss. ORTELLS RAMOS, «Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1982, págs. 365 y ss. PASTOR LOPEZ, «El sumario: su función y naturaleza jurídica», *Revista de Derecho Penal*, núm. 1, 1965, págs. 61 y ss. SERRA DOMINGUEZ, «La instrucción en los procesos penal y civil: el sumario», *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, págs. 716 y ss. VIADA, «Notas sobre la necesidad de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (fase instructora)», *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 1950, págs. 330 y ss. Asimismo, ente otras, STC 150/1988, de 15 de julio.

(20) Ver, GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, «La Ley 53/1978, de 4 de diciembre, y la instrucción sumarial penal», *justicia 81*, núm. especial, págs. 95 y ss.

(21) Sobre la recusación pueden consultarse nuestros trabajos: «La recusación de jueces y Magistrados», *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm. 1, 1988, págs. 73 y ss.; «Reflexiones sobre la causa novena del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder judicial: "Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa», *Poder judicial*, núm. 13, 1989, págs. 9 y ss.

(22) La diferenciación entre acusador particular, como persona ofendida y/o perjudicada por el pleito, y acusador popular, encarnado por quien carecía de las anteriores cualidades, se debe a FENECH-NAVARRO, *El proceso penal*, Madrid, 1978, pág. 70. «Para evitar confusiones en los procesos donde concurren estas dos claves de acusadores (se refiere a los ofendidos y a los que ejercitan acción popular), a los que ejercitan la acción popular se les denomina acusadores populares (S. de 13 de mayo de 1927), sin que ello signifique diferente tratamiento procesal.»

(23) El tema nos lleva al difícil problema de la congruencia de la sentencia y al planteamiento de la tesis sobre los que tanto se ha escrito y que, por no poder entrar en su análisis, remitimos al lector a trabajos tan significativos como los siguientes: FAIREN GUILLEN, *Sobre el pasado, presente y futuro del artículo 733 LECr*, libro homenaje a J. Guasp, Granada, 1984, págs. 203 y ss. FENECH NAVARRO, *Enjuiciamiento y sentencia penal*, Barcelona, 1971. GUTIERREZ DE CABIEDES, «La correlación entre acusación y sentencia», *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, págs. 461 y ss. RUIZ GUTIERREZ, «La no resolución de todos los puntos objeto de la acusación y defensa», *Revista de Derecho Procesal*, 1958, págs. 123 y ss. SERRA DOMINGUEZ, «Incongruencia civil y penal», *Estudios...*, cit., Barcelona, 1969, págs. 424 y ss. SOTONIETO, *Correlación entre acusación y sentencia* (la tesis del art. 733 LECr), Madrid, 1979. VIADA, *Correlación entre acusación y sentencia*. RUIZ VADILLO, «Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal», *Revista jurídica La Ley*, núm. 1.826, de 23 de octubre de 1987.

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre este tema, atemperando las facultades del Tribunal al principio acusatorio, señalando o imponiéndole por ello dos límites: identidad del hecho y homogeneidad del delito, dentro de los cuales el órgano jurisdiccional puede moverse sin lesionar el derecho fundamental del artículo 24.2 CE a ser informado de la acusación, sancionado y exigido por el artículo 6.3 del Convenio de Roma y el artículo 14 del Pacto de Nueva York. Ver, en este sentido, Sentencias 48/1984, de 4 de abril; 14/1985, de 1 de febrero; 104/1986, de 17 de julio; 46/1987, de 16 de junio; 20/1987, de 19 de febrero; 10/1988, de 1 de febrero; 17/1988, de 16 de febrero, entre otras.

(24) La prohibición de la *reformatio in peius* es la imposibilidad para el órgano *ad quem* de informar la resolución, agravando la del órgano *a quo* frente al recurrente, con el límite de que el apelado se adhiera o interponga a su vez recurso. Sobre este tema son interesantes los trabajos de FIETTA, *Il fondamento giuridico del dirieto della reformatio in peius*, Milano, 1930. NIGIDO, *I Poteri del giudice di appello in relazione della sentenza di prima istanza*, Padova, 1938. VIADA, *La apelación en el juicio de faltas ¿puede agravar la pena?*, Pretor, 1952, pág. 3. JEANDIDIER Y BELOT, *Les grandes décisions de la jurisprudence*, París, 1986, págs. 194 a 199. BETTIOL, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, traducción de Gutiérrez-Alviz

y Conradi, Barcelona, 1977, págs. 268 y ss.: «... cuando es sólo el imputado el que interpone la apelación vale en su favor la regla de la prohibición de la *reformatio in peius* de la sentencia. Bajo un aspecto lógico tal regla podrá incluso ser un absurdo, pero bajo un aspecto político es una conquista de la libertad en el duro camino hacia un Derecho procesal «humano»». Nuestro TC ha confirmado esta prohibición con base en la interdicción de la indefensión del artículo 241 CE y del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE, sentencias 15/1987, de 11 de febrero; 186/1987, de 23 de noviembre, entre otras.

(25) El tema evidentemente se escapa al cometido de esta conferencia, remitiéndome a lo que sobre él se ha escrito. *Vid.* en este sentido MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982, págs. 25 y ss. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1977, págs. 67 y ss. ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, traduc. de Muñoz Conde, Madrid, 1981, págs. 59 y ss. BUSTOS RAMIREZ, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, págs. 90 y ss. MUÑAGORRI, *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social*, Madrid, 1977, págs. 57 y ss. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, parte general, traduc. Muñoz Sude, vol. I, Barcelona, 1981, pág. 96, y amplia bibliografía recogida en las págs. 87 a 89.

(26) GOMEZ ORBANEJA al referirse a esta conformidad dice: «Indudablemente no se trata aquí de "confesión" propiamente dicha (hechos). Equivale, aún mucho más condicionada, a la institución del *plea guilty* del proceso inglés», *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., Madrid, 1987, pág. 123; ver asimismo, FAIREN GUILLEN, «La disponibilidad del derecho de defensa en el sistema acusatorio español», *Temas de Ordenamiento Procesal*, Madrid, 1969, tomo II, esp. 1220 y ss.

(27) Sobre la reforma operada por la Ley de 8 de junio de 1957, pueden consultarse: AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1923 y 1924, tomo IV, págs. 672 y ss. CASTEJON, «Acerca de la Ley de 8 de junio de 1957 de reforma de la LECr, estableciendo un procedimiento de urgencia para la represión de ciertos delitos», *Rev. Gen. Leg. y Jur.*, 1957, pág. 105. MARIN, «La fase de instrucción en la Ley de 8 de junio de 1957», *Rev. Gen. Leg. y Jur.*, 1957, pág. 586. MAJADA, *Manual del procedimiento de urgencia*, Barcelona, 1958. En relación con la Ley del Automóvil, que dio lugar a una amplia bibliografía, pueden consultarse: FERRER MARTIN, *Comentario en torno a la Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre uso y circulación de vehículos de motor*, Valencia, 1963. PERA VERDAGUER, *La Ley del Automóvil*, Tarragona, 1963. RUIZ VADILLO, «Propósitos, realizaciones y quiebras de la Ley de 24 de diciembre de 1962», *Rev. Derecho de la Circulación*, núm. 3, 1966, págs. 237 y ss. PASTOR LOPEZ, «El proceso penal especial de la Ley del Automóvil. Examen crítico», *Rev. Der. Proc.*, núm. III, 1966, págs. 102 y ss. PRIETO CASTRO, «Crítica a la Ley sobre uso y circulación de vehículos a motor (de 24 de diciembre de 1962)», *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964, págs. 836 y ss., entre otras muchas.

(28) En efecto, la Ley de 8 de abril de 1967 recibió fuertes críticas provenientes de amplios sectores doctrinales, por lo que se refiere al nuestro ver por todos: «Conclusiones aprobadas en las III Jornadas de Profesores de Derecho Procesal», *Rev. Der. Proc.*, núm. IV, 1967, págs. 10 y ss. ALMAGRO NOSETE, «Sobre la naturaleza ... », citado, Sevilla, 1968. PEDRAZ PENALVA, «En torno al procedimiento de urgencia: Especial consideración del atribuido a los juzgados de Instrucción», *Rev. Der. Proc. Iber.*, núms. 2-3, 1980, págs. 443 y ss.

(29) En este punto recogemos la crítica hecha por PASTOR LOPEZ, «La reforma procesal penal de la Ley de 8 de abril de 1967», *Rev. Der. Proc.*, núm. 4, 1967, págs. 123 y ss., a la que me uno dado el carácter discrecional de la adopción de medidas cautelares. Dice el mencionado autor en las págs. 158-159: «La más sobresaliente respecto a las partes privadas del proceso atañe al sujeto pasivo principal, en cuanto queda en la penumbra y en relativa indeterminación durante las etapas preparatorias del juicio, ello es consecuencia de haberse eliminado el auto de procesamiento sin sustituirlo por otra resolución judicial de inculpación expresa y formalmente articulada durante la instrucción. La terminología legal contribuye a

aumentar la confusión, así nos encontramos con las siguientes maneras de designar al presunto culpable: la más frecuente del "encartado", término ambiguo y nuevo en nuestra Ley procesal... (sin que se aclare) si tal cualidad de encartado nace de una imputación concreta de parte, de una resolución del órgano jurisdiccional o, aún peor, del mero parecer de la Policía judicial... La desaparición del auto de procesamiento, por escrúpulos que nos parecen poco justificados, en disminución de garantías, pues siempre es más conveniente que sea un órgano judicial el que, mediante una resolución motivada e imparcial, susceptible de recurso, ponga el presupuesto necesario para que una persona sea acusada...» FAIREN GUILLEN, *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, págs. 38 y ss., muestra su preocupación por la supresión del procesamiento en la Ley que comento, entiende que «el momento de arranque de la acusación se halle a disposición del juez o Tribunal, a través de su facultad de procesar o no procesar», no considera oportuna la eliminación del acto formal de acusación que provocaría un vacío, «una laguna entre la querrela y la acusación formal», insistiendo en las págs. 39, 40 y 41 sobre la conveniencia de su mantenimiento. El auto de procesamiento ha sido objeto preferente de trabajo por la doctrina y en torno a él existe una abultada literatura, de la que destaco: FAIREN GUILLEN, «Del acercamiento al procesamiento en la instrucción penal», *Rev. Der. Proc. Iber.*, núm. 2, 1968, págs. 19 y ss. CARNELUTT, «El auto de procesamiento», *Rev. Der. Proc. Arg.*, núm. VI, 1948, págs. 216 y ss. MUNOZ ROJAS, *El imputado en el proceso penal*, Pamplona, 1958, pág. 36. JIMENEZ ASEJO, «Ventura y riesgo del auto de procesamiento», *Rev. Der. Proc. Ib.*, núm. 4, 1964, págs. 657 y ss. RUIZ GUTIERREZ, «El auto de procesamiento debe desaparecer», *Estudios Procesales en Memoria de Carlos Viada*, Madrid, 1956, págs. 271 y ss. MORON PALOMINO, «Procesamiento y dogmática penal», *Rev. Gral. de Derecho*, 1960, págs. 611 y ss. Los Profesores de Derecho procesal en las III Jornadas celebradas en Valladolid aprobaron una serie de conclusiones publicadas en la *Rev. Der. Proc.*, núm. 1, 1967, págs. 9 y ss., de entre las que quiero destacar la núm. 12, que reza con el siguiente tenor literal: «Se censura la supresión del auto de procesamiento, ya que por la práctica y por la doctrina se ha reconocido su utilidad, si bien, al conservarse, convendría que la Ley impusiera al juez la necesidad de una motivación objetiva y amplia y sin que se le reconozcan consecuencias fuera del proceso en que se dicte.»

(30) También la denominada «defensa por correo» fue objeto de atención por los Profesores de Derecho procesal. durante las III Jornadas de Valladolid ... , cit., quienes se manifestaron así en la conclusión núm. 11: «Se lamenta profundamente que se tergiversase el sentido y la trascendencia jurídica del informe del abogado en la vista por la autorización a "que formule por escrito la defensa», "si el Colegio de Abogados entendiese que el Letrado designado de oficio, ejerciendo en otra población no pueda desplazarse al lugar del juicio", pues con tal regla, en el momento de ser «leído en el acto del juicio" y ser incorporado a las actuaciones, puede no corresponder a los hechos de prueba ni a las propias conclusiones de la acusación, con lo que quedaría legalizada la indefensión.» Ver sobre este punto, por todos, ALMAGRO NOSETE, «Sobre la naturaleza ... », cit., pág. 16. MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982, pág. 102.

(31) Este fue otro de los puntos criticados por las III Jornadas..., cit., al que se le dedica la conclusión núm. 7, que reza así: «Se advierte con inquietud la vinculación que la Ley impone al juez a determinadas peticiones del Ministerio Fiscal sobre puntos fundamentales del proceso, frente a la libertad de decisión que se le concede respecto de las formuladas con igual alcance por las demás partes, lo que al propio tiempo entraña un desequilibrio entre ellos».

(32) *Vid.* STC de 14 de julio de 1981 resolviendo negativamente el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento Vasco y especialmente los votos reservados de La Torre, Díez de Velasco, Tomás Valiente y Fernández Viagos. Asimismo, la STC 199/87, de 16 de diciembre, declarando a la Audiencia Nacional y Tribunales Centrales de Instrucción órganos judiciales ordinarios: «Existen supuestos que, en relación con su naturaleza, en la materia sobre la que versan, por la amplitud del ámbito territorial

en que se producen, y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad, pueden hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos puede llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado, sin que con ello se contradiga el artículo 152.1 de la Constitución, ni tampoco el 24.2 CE. En efecto, tanto los juzgados Centrales de Instrucción como la Audiencia Nacional son orgánica y funcionalmente, por su composición y modo de designación, órganos judiciales "ordinarios" y así ha sido reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su informe de 16 de octubre de 1986 ... »

(33) Sobre este punto puede verse: GIMENO SENDRA, «La extinción de la jurisdicción de Orden Público y la creación de la Audiencia Nacional», *Cuadernos de Política Criminal*, 1977, págs. 67 y ss. TOME PAULE, «La Audiencia Nacional y los juzgados Centrales de Instrucción», *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, núm. 5. Madrid, 1979, LORCA NAVARRETE, «La Audiencia Nacional en la nueva Ley Orgánica del Poder judicial. Algunas anotaciones sobre un órgano jurisdiccional polémico», *Justicia* 86, núm. 1, págs. 73 y ss.

(34) El artículo 4.2 del RDL 1/1977, de 4 de enero, regulaba la competencia de los juzgados Centrales de Instrucción: «A los juzgados Centrales corresponderá la instrucción de los procesos por delitos comprendidos en el número anterior y, en todo caso, el conocimiento y fallo en primera instancia de las causas por los mismos delitos, cuando la pena que proceda imponer no sea superior a la de arresto mayor, privación del permiso de conducir, multa sin limitación de cuantía o cualquiera de éstas conjuntamente con las demás o con una de ellas. En las causas por delitos en que proceda imponer otras penas, su conocimiento y fallo corresponderá a la Audiencia Nacional. Las facultades que les leyes vigentes confieren a las Audiencias Territoriales y Provinciales por razón de personas aforadas se entenderán atribuidas a la Audiencia Nacional en las causas por delitos propios de su competencia.» Ver ahora el artículo 88 LOPJ y su modificación por LO 7/1988, de 28 de diciembre, artículo 2.3,

(35) Ver por todos ORTELLS RAMOS, «El proceso penal de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre», *Justicia* 84, núm. IV, pág. 775. SANCHEZ SANCHEZ, «Procedimiento para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes», *Rev. Der. Proc. Iber.*, núms. 2-3, 1981, págs. 415 y ss.

(36) Ver, antes de su reforma por LO 7/1988, de 28 de diciembre, los artículos 87.b) y 88 LOPJ respecto de órganos unipersonales, así como los artículos 73.3.b), 61.4 y 57.2 del mismo cuerpo legal, respecto de Tribunales. En materia de recusación vid., también antes de la mencionada reforma, el apartado 10 del artículo 219 LOPJ.

(37) Nuestro TC orienta el derecho a ser juzgado por un juez o Tribunal imparcial entre los fundamentales del artículo 24.2 CE; una primera etapa, marcada por las sentencias 47/1982, de 12 de julio; 101/1984, de 8 de octubre, o 43/1985, de 22 de marzo, lo incardina dentro del Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, variando su doctrina en la sentencia 1131/1987, de 3 de julio, seguida de la 145/1988, de 12 de julio y 26 de septiembre, al considerarlo incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías, de cualquier forma participa de las notas inherentes a los derechos de esta índole que el TC, ha ido concretando, entre otras, en sentencias 15/1987, de 11 de febrero; 53/1985, de 11 de abril; 58/1984, de 9 de mayo; 81/1982, de 21 de diciembre, y 144/1987, de 23 de septiembre.

(38) En efecto, entre el Anteproyecto elaborado por el Ministerio de justicia que lleva fecha de 26 de septiembre de 1981 y el Proyecto publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de Diputados, núm. 99-1, de 27 de octubre de 1988, hay notables diferencias fundamentalmente en materia de competencia e instrucción, quizá debido a la violenta reacción que contra el Anteproyecto se produjo desde los más variados sectores, como puede comprobarse en la prensa diaria de aquellas fechas. Una muestra evidente es el «Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se crean los juzgados de lo Penal y se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal», *Boletín de Información del CGPJ*, número extraordinario, Madrid, octubre, 1988.

(39) Sobre este punto pueden consultarse mis trabajos: «Comentario a la Ley Orgánica de 23 de abril de 1983 sobre reforma de la prisión provisional», Revista Jurídica *La Ley*, núm. 4, 1983, págs. 1260 y ss.; «De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre», Revista jurídica *La Ley*, núm. 1, 1985, págs. 1170 y ss.

(40) El CGPJ en «El informe ... », cit., págs. 8 y 9, pone de manifiesto la necesidad de reformar el proceso penal mediante una profunda modificación cuyo resultado lleve a la instauración de un modelo acorde con los preceptos constitucionales. Mostrando su preocupación frente a este tipo de reformas transitorias cuya aplicación «puede condicionar el futuro modelo de proceso, pues no pueden ser objeto de constante alteración ni la organización y demarcación judiciales ni la distribución de competencias entre los órganos de la jurisdicción, evitando alteraciones que, por su frecuencia, crean inseguridad y desequilibran el sistema».

(41) En este punto la política legislativa parece que se separa de las propias directrices que informaron la reforma, ya que puede resultar paradójico que, siendo la finalidad última encomendar la instrucción al Ministerio Fiscal, unida a una drástica reducción de las faltas y transformación de los juzgados de Distrito en juzgados de Instrucción, el legislador no haya creado el número de Jueces de lo Penal suficiente.

(42) El acusatorio puede quedar comprometido respecto de la imparcialidad objetiva en aquellos supuestos en que, por corresponderle al hecho punible una sanción privativa de libertad superior a seis años, el enjuiciamiento se atribuya a la Audiencia Provincial, órgano que conocerá de los recursos devolutivos que contra las medidas cautelares se propongan, con lo que puede formarse un prejuicio respecto de los hechos a enjuiciar y la culpabilidad del imputado en un momento procesal inoportuno. Ver, en este sentido, los siete votos reservados al Informe de la CEDH en el caso Mogens Hauschildt, de 16 de julio de 1987, resaltando la importancia que las apariencias tienen respecto de la imparcialidad objetiva y cómo el que el órgano jurisdiccional se limite a acordar medidas cautelares (en Dinamarca la fase de investigación está encomendada al Ministerio Público y Policía judicial), ya sean personales y patrimoniales, que limiten derechos, no supone que la imparcialidad queda absolutamente garantizada cuando ese mismo juez interviene después en la fase de enjuiciamiento, dado que, a veces, esa intervención permite al juez formarse una opinión anticipada que pesa en su ánimo quizá con mayor fuerza que el resultado de las pruebas llevadas a cabo en el juicio.

(43) Dejando a un lado, por obvias razones, los problemas que puede plantear el sobreseimiento en los aspectos novedosos que ofrece, respecto de la regulación del mismo, el artículo 790 LECr; sus lagunas en torno a si es o no posible la utilización de la facultad otorgada por el artículo 642 LECr, sus diferencias con el sobreseimiento producido en el proceso ordinario; la falta de contradicción, etc., y analizando la posible colisión del mismo con el acusatorio, he de manifestar que, por lo que se refiere al sobreseimiento libre, equiparado a la sentencia absolutoria, hacer confluir en el Juez de Instrucción la facultad de investigar y decidir en este caso puede comprometer la imprescindible imparcialidad que todo justiciable tiene derecho a reclamar, y ello no se atenúa por la posibilidad de recurrir el auto en que se acuerda mediante la apelación que permite expresamente el artículo 790.6, núms. 1, y 2 LECr.

El tema del sobreseimiento, y su vinculatoriedad para el órgano jurisdiccional, ha sido analizado por FAIREN GUILLEN, *Presente y futuro*, págs. 41 a 44, quien expone que «... si la vinculación del Tribunal es inadmisibles, la posibilidad de sobreseer de modo ilimitado, cortando toda posibilidad de acusar, es muy grave; mas si... esta facultad se concediese al juez instructor y no al Tribunal decisor», entiende que «... debería ampliarse el marco de facultades del Tribunal en cuanto a sus posibilidades de sobreseer (*dene-gare actionem*), pese a las peticiones que las futuras partes acusadoras le dirigieran; teniendo en cuenta que, si la desvinculación total del Tribunal de estas peticiones constituiría un exceso del principio acusatorio, su vinculación supondría un traslado y ampliación al MF, en este momento, de las facultades que inquisitivamente detentó durante las diligencias preliminares; momento en que la continuación o no del proceso

debería de la voluntad del MF y no del juicio formado por el Tribunal», reclamando, asimismo, la necesidad de contradicción.

No comparto la posición mantenida en la Circular 1/1989, de 8 de marzo, págs. 72 y ss., y en la que la Fiscalía General, después de recoger los comentarios negativos sobre esta unificación de funciones, argumenta en su favor las ventajas que el sobreesimiento conlleva, de cara a la evitación de un juicio oral innecesario, lo que a mi juicio nada tiene que ver con el problema discutido, añadiendo como colofón la subsanación del problema vía recurso de apelación. Quizá convendría recordar aquí el caso De Cubber respecto del cual el TEDH en Sentencia de 26 de octubre de 1964, y frente al posicionamiento del Gobierno belga, manifiesta que «la argumentación resumida anteriormente vuelve a sostener que el procedimiento seguido ante el Tribunal de Audenarde escapa al imperio del artículo 6.1... El artículo 6.1 afecta, primordialmente, a las jurisdicciones superiores. Sin duda, sus garantías fundamentales, entre las que figura la imparcialidad, deben ser aseguradas por los Tribunales de Apelación o de Casación que haya podido crear un Estado contratante, pero de esto no se desprende que las jurisdicciones inferiores no deban hacer lo mismo en casos similares. Una consecuencia de tal tenor iría en contra de la voluntad subyacente a la instauración de varios grados de jurisdicción: reforzar la protección de los justiciables».

(44) El artículo 789.5, segunda, LECr, ordena: «Si reputare falta el hecho que hubiese dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al juez componente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento.» El que el juez instructor, bajo cuya dirección se han desarrollado las diligencias previas, deba, más tarde, una vez suprimidos los juzgados de Distrito, conocer del enjuiciamiento del hecho, sobre el que ya se ha pronunciado calificándolo como falta, supone un conocimiento anticipado de los hechos, fuera del juicio oral, colocándose en situación de juez prevenido y, por ello, infringiendo el Derecho a ser juzgado por un juez imparcial que a todo justiciable asegura el artículo 24.2 CE, así como el 6.1 del Convenio de Roma y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Habrá, pues, que arbitrar el correspondiente sistema de sustituciones que eviten la coincidencia de funciones, a fin de no incurrir en la causa de abstención y/o recusación número 10 del artículo 219 LOPJ, que en su nueva redacción, por LO 7/1988, de 28 de diciembre, señala como causa las mismas: «haber actuado como instructor de la causa penal ... ». El hecho de que, con base en el artículo 789.3, el atestado pueda suplir a la investigación judicial no me parece suficiente para evitar la sospecha o duda de posible parcialidad en el órgano del enjuiciamiento; no olvidemos la importancia que las apariencias tienen en cuanto al cumplimiento de la garantía de imparcialidad objetiva y el papel que éstas juegan en la vulneración del artículo 6.1 del Convenio, como ha puesto de manifiesto el TEDH en los casos Delcourt, Piersack, De Cubber, etc., y la CEDH en el caso Hauschildt. Sobre este problema puede verse también la posición de la Fiscalía en la Circular 1/1989, pág. 66.

(45) La garantía de imparcialidad puede verse contemplada desde los aspectos subjetivo y objetivo que la doctrina del TEDH ha pretendido perfilar. Desde la vertiente subjetiva la imparcialidad hace referencia a la convicción personal de un juez concreto respecto de un caso concreto, lo que el Juez piensa en su fuero interno; en este sentido, la imparcialidad ha de presumirse siempre, salvo que quede demostrado lo contrario (sentencias de los casos Piersack, De Cubber, Le Compte, Van Leuven, etc.). En el aspecto objetivo se trata de establecer, desde consideraciones orgánicas y funcionales, si un Juez ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad (casos Piersack, De Cubber, Hauschildt, etc.).

(46) Me parecen excesivas, en este punto, las facultades otorgadas al Juez de lo Penal y hasta moralmente comprometedor el que un juez en solitario, pese a la experiencia, tenga en sus manos imponer penas privativas de libertad de hasta seis años; es cierto que la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (87) 18, de 17 de septiembre de 1987, favorece, en cierta manera, el enjuiciamiento por órganos jurisdiccionales unipersonales al señalar refiriéndose a la simplificación del procedimiento ordina-

rio: «Cuando el grado de gravedad del asunto le permita, debiera someterse a un juez único», pero no lo es menos que la tendencia simplificadora viene referida a un ámbito de aplicación muy concreto: delitos cuya pena prevista sea de carácter leve, y a mi juicio, éste no es el caso frente a seis años posibles de privación de libertad. En este punto el «Informe del CGPJ», cit., pág. 11, manifiesta: «Se estima que para la imposición de penas superiores a la de arresto mayor, que el proyecto deja en manos de un órgano unipersonal, es exigible la garantía de un Tribunal colegiado», lo que parece luego contradecirse con la propuesta del párrafo siguiente: «Así, el Consejo propone, frente al texto del Anteproyecto, atribuir a los Jueces de lo Penal la competencia para enjuiciar y fallar en las causas por delito, sea o no flagrante, castigado con pena no superior a seis años ... »

(47) En efecto, no parece correcto que a través del mismo procedimiento, sin variables apreciables, salvo la admisión de hechos hasta seis años de privación de libertad, se enjuicien delitos que lleven aparejada pena desde arresto mayor a prisión mayor, es decir, desde un mes y un día a doce años; en este sentido, el derecho comparado es más coherente, así el ordenamiento alemán regula en este párrafo 212 de la StPO el que denomina procedimiento a los supuestos en que las circunstancias fueran sencillas y posibles el enjuiciamiento rápido, rechazándose por el Juez de lo Penal o el Tribunal de Escabinos la solicitud cuando la causa no fuera apropiada para tramitarla en este procedimiento, no pudiéndose imponer en el mismo pena privativa de libertad superior a un año, según establece el párrafo 212.b) StPO. Por su parte, el nuevo Código portugués regula, entre los procedimientos especiales en el artículo 381, el que denomina proceso sumario cuyo ámbito queda reducido a delitos flagrantes cuya pena privativa de libertad sea, como máximo, de tres años, con una serie de condicionamientos que se analizarán más adelante en la parte destinada al examen del Derecho comparado. En el ya citado «Informe del CGPJ», pág. 17, se dice respecto del ámbito del procedimiento abreviado: «En caso de que no se aceptase la supresión de la flagrancia, parece excesiva la aplicación de este procedimiento a delitos no flagrantes castigados con pena de hasta prisión mayor, por lo que ésta debería ser la de prisión menor.»

(48) En este punto la LO 7/1988, de 28 de diciembre, sigue la pauta de la Ley de 8 de abril de 1967, criticada en las *III Jornadas de Profesores...*, cit., pág. 10, al manifestar en la conclusión 2ª: «... de otra parte, se pone de manifiesto que tal innovación debería venir precedida de una reforma del Código Penal, en la que se introdujese una tipificación que permitiera determinar la competencia objetiva y la idoneidad del procedimiento en atención a la tipología y no a la entidad de la sanción». Reiterando la crítica en la conclusión 9ª: «Se señala que la regulación de la competencia basada en la entidad de la pena y no en una reestructuración de las tipologías, conduce al confusionismo que se observa en la Ley (se refiere a la de 1967) no sólo en la determinación de los órganos y en la idoneidad del procedimiento, sino también en el alcance del pronunciamiento absolutorio de la sentencia final, en los casos de existencia de defectos procesales.» Sobre los problemas que la nueva Ley puede plantear en el tema de competencia respecto del tope máximo de seis años, así como en lo referente a las personas aforadas, o a las remisiones que otras Leyes hacían del procedimiento de urgencia, etc. vid. MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE, CORTEZ DOMINGUEZ, GIMENO SENDRA, «El nuevo proceso penal», *Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Valencia, 1989, págs. 32-33; «Circular 1/1989 ... », cit., págs. 6 a 13.

(49) No parece correcto que la flagrancia sea criterio determinante de la competencia objetiva, sino más bien, y a lo sumo, dato a tener en cuenta a efectos de abreviación del procedimiento, dado que el hecho de la comisión del delito no necesita de especiales investigaciones, siendo, por otra parte, factible el logro de declaraciones de voluntad tendentes a la admisión de hechos y conformidad con fórmulas simplificadoras del enjuiciamiento. Una crítica a la flagrancia puede verse en el «Informe del CGPJ ... », cit., pág. 17.

(50) El tema del MF y, en cierta medida, el de la Policía Judicial han sido objeto de viva polémica ante las facultades que, a título experimental -«permitirán adquirir experiencia sobre la eficacia de su intervención en esta fase», decía la Exposición de Motivos del Anteproyecto-, le habían sido atribuidas. Debido a las

críticas y a la falta de modelo procesal penal la Ley da marcha atrás y se queda a mitad del camino entre una instrucción total y plenamente encomendada al órgano jurisdiccional, como era la tradicional, y la solución adoptada en la inmensa mayoría de los países europeos de una investigación encomendada al MF con la Policía Judicial; con ello se coloca al MF en una posición anfibiológica, con no tantas facultades como las que en principio parece. En efecto, al MF se le va a conceder, a mayores, la posibilidad de dar órdenes generales a la Policía judicial en vez de sólo las particulares y concretas, se le va a permitir iniciar investigación preprocesal no sólo por denuncia sino directamente cuando reciba la noticia «crímenes» por otro medio, etc.; pero, por otro lado, el análisis del artículo 785 bis LECr, por un lado, y éste en relación con el 789.3 LECr, pueden llevarnos a un recorte de sus atribuciones ya que no se hace referencia expresa a la presunción de autenticidad de las diligencias practicadas por el MF o a su presencia, lo que llevaría a una ratificación de las mismas ante el juez y, por otro lado, la cesación de que habla el artículo 785 bis, apartado 3, LECr, que es difícil de conciliar con el 792.2, y las dudas que plantea su vaga redacción, pudieran llevar al MF a una situación de pasividad que choca frontalmente con el papel que debe jugar en el proceso. Estos problemas, analizados ampliamente por MARCHENA GOMEZ, «Significación procesal de las diligencias tramitadas por el Fiscal en la Ley Orgánica 7/1988», Revista Jurídica *La Ley*, núm. 2.239, de 30 de mayo de 1989, págs. 1 y ss., podrían encontrar solución partiendo de considerar a los artículos 785 bis LECr y 5º de Estatuto del MF, de 1981, como complementarios. En este punto, es también interesante la posición de la Fiscalía en la citada Circular 1/1989, págs. 30 y ss., y en relación a la posición del MF en la investigación, vid. GIMENO SENDRA, «El nuevo ... », cit., págs. 93 y ss. FAIREN GUILLEN, «El Ministerio Fiscal en la reforma del proceso penal (I)», *Tapia*, núm. 44, enero-febrero, 1989, págs. 63 y ss., y núm. 45, págs. 63 y ss. PRIETO CASTRO, «El Ministerio Fiscal en Europa», *Rev. Der. Proc.*, 1977, págs. 17 y ss., y la clara visión futurista de PACHECO, *Estudios de Legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1943, págs. 231 y ss. Respecto de la Policía judicial, la Ley la coloca con una doble dependencia y con un detallismo excesivo de sus tareas, impropio de una Ley procesal, sin que, por otro lado, le sea fácil saber cuándo puede utilizarlas. Su atestado puede suplir la investigación judicial cuando, conforme al artículo 789.3, es suficiente para formular acusación. En este punto, ver MORENO CATENA, «El nuevo ... », cit., págs. 57 y 58. La Recomendación (87) 18 del CMCE, de 17 de septiembre de 1987, citada, refiriéndose a la instrucción antes de la vista, señala: «La conveniencia de la instrucción previa debiera ser apreciada por la autoridad judicial, teniendo en cuenta los resultados de la investigación policial, la gravedad y complejidad del asunto y el reconocimiento o no reconocimiento de los hechos por el inculpado.»

(51) La Recomendación (87) 18 del CMCE citada señala en este punto: «La instrucción realizada por una autoridad judicial con carácter previo al enjuiciamiento de la causa constituye, cuando exista, una garantía para los justiciables, pero no debiera tener carácter general u obligatorio.» Ver, en este sentido, el artículo 286.2 del nuevo Código de Proceso Penal portugués. FAIREN GUILLEN, «La imparcialidad o parcialidad del Juez de Instrucción Penal», *Tapia*, núm. 43, diciembre 1988, págs. 5, 23 y ss.

(52) Cabe esperar que no resulten dañados los principios de inmediación y concentración como consecuencia del añadido que al artículo 120 CE hace el 229.1 LOPJ. FAIREN GUILLEN, «Para una reforma de las Leyes de Tribunales y procesales (¿Ley Procesal General o *statu quo* formal legislativo?)», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 4, 1988, pág. 34, dice al respecto: «Nótese que la LOPJ añade a la expresión constitucional del principio una coletilla: « sin perjuicio de su documentación», lo que supone introducir una grave duda en el terreno de la expresión de tal principio; si lo que ha de regir, a los efectos de la elaboración de la sentencia, ha de ser « el recuerdo de lo ocurrido ante el juez" -noción clásica de la oralidad pura que impone a su vez la concentración- o si el juez puede contentarse con acudir a lo protocolizado, aunque lo haya sido de modo muy bueno. El cuidado que la misma LOPJ se toma por los medios modernos de documentación y reproducción (art. 230), parece que lo hace desviarse hacia esa segunda versión de la "oralidad" que no es la genuina (la del Tribunal de las Aguas de Valencia)...» La

diferencia entre inmediatividad y oralidad nos la pone de manifiesto GOLDSCHMIDT, «Problemas jurídicos ... », cit., pág. 88, diciendo: «El concepto de inmediatividad surge no antes de mediados del siglo XIX, y ha de determinar en el principio sólo la esencia de la oralidad más precisamente. Poco a poco la inmediatividad se reconoce como un principio especial del recibimiento a prueba, La oralidad es una forma del entendimiento, la inmediatividad es un escalón de la percepción ... » La quiebra de la oralidad en la segunda instancia ha sido denunciada por CORTES DOMINGUEZ, «El nuevo proceso ... », cit., págs. 235 y ss., diciendo: «Se hace, pues, un recurso de apelación de tramitación completamente escrita, lo que no tiene ninguna justificación. En definitiva, como ya hemos tenido ocasión de decir en otro lugar, en la práctica existe el convencimiento muy extendido de que las vistas no son decisivas en ningún caso, pues se piensa que, amén de una pérdida de tiempo, todo está decidido antes de su celebración; este es el pensamiento-rutina que acepta igualmente el legislador dejando de lado la oportunidad de acabar con él, imponiendo el trámite de vista como necesario y como imperativo constitucional. » Señalando más adelante (pág. 244): «... La Audiencia Provincial puede fallar en recurso sin personación y sin vista oral, parece ser que el legislador ha entendido que de esa manera se es más eficaz, confundiendo la eliminación de trámites con la eficacia, y apostando por la escritura sin perjuicio de la oralidad, todo ello en contradicción con lo que establece la Constitución.» Ver también la crítica del Consejo General de la Abogacía publicada en el diario ABC, jueves 23 de febrero de 1989.

(53) Respecto del primero, al desaparecer la documentación en acto breve del antiguo artículo 785.1 que afectaba o podía afectar al derecho de defensa, el segundo, al contener la obligación de informar al imputado, en la primera comparecencia, de sus derechos, de los sancionados en los artículos 24.2 CE y 520 LECr. Ver MORAL GARCIA, «El derecho a ser informado de la acusación en el procedimiento abreviado para determinar dos delitos», *Actualidad Penal*, núm. 13, 1989, págs. 649 y ss. Es criticable, sin embargo, la posición del legislador frente a las compañías aseguradoras cuando la responsabilidad civil derivada del hecho punible depende de la existencia del delito y/o de su autoría, reducir su intervención podría resultar inconstitucional. Ver, en este sentido, CORTES DOMINGUEZ, «El nuevo proceso ... », cit., págs. 163-164.

(54) Conviene resaltar que el artículo 788.2, en su nueva redacción, señala que «el abogado designado continuará prestando asistencia jurídica hasta la *finalización del proceso ...* » (la cursiva es mía), no habla la Ley de procedimiento sino de proceso; ello significa que el proceso no termina en tanto en cuanto la pretensión no ha sido satisfecha de modo final y último, lo que no se consigue si no es a través de una sentencia firme. Ello no significa, no obstante, que el legislador haya querido alterar las normas de colegiación, sino requisito para ejercer la defensa técnica, y ante la falta de la misma habrá de procederse a la nueva designación.

(55) Ello ocurre en los supuestos de competencia del Juez de lo Penal, dado que el artículo 789.5, quinta, prevé la posibilidad de admisión de hechos por el imputado para cuya eficacia es preciso que esté asistido por su Abogado, de lo que se deduce su obligatoriedad en este acto. Sin embargo, este argumento no podría utilizarse frente a los delitos competencia de la Audiencia en relación con los cuales no se permite dicha admisión fáctica.

(56) No obstante, el tema de la defensa necesita una regulación adecuada que esclarezca las lagunas de la actual regulación y que propicie una defensa efectiva y eficaz para ambas partes y no alarde sólo del tema de la derogación; la eficacia de la defensa técnica, como exigencia del artículo 6.3 del Convenio de Roma, ha sido puesta de manifiesto por el TEDH, en sentencias tan conocidas como las de los casos Airey, de 9 de octubre de 1979; Artico, de 13 de mayo de 1980; Pakeli, de 25 de abril de 1983. Cuando reclamamos la defensa efectiva y eficaz para ambas partes, lo hacemos conscientes de la desprotección de la víctima que no supera la nueva Ley, ya que el artículo 781 se revela insuficiente, pese a la obligatoriedad de la personación del MF, el 788 no añade nada especial en el tema de la defensa y el órgano jurisdiccional

sigue sin potenciar las posibilidades que le concede el artículo 13 LECr cuando señala, entre las primeras diligencias, «las de dar protección a los perjudicados». Es menester que, como han hecho otros países (véase el ejemplo de Portugal en su Código Penal, art. 129) y recomienda el CMCE en su Recomendación (85) 11, de 28 de junio de 1985, se acometa también en el nuestro la precisa reforma amparando los derechos de la víctima y protegiendo sus intereses.

(57) La posibilidad de la unificación de funciones de defensa y representación en el Abogado la permite el artículo 438 LOPJ, limitando la exclusividad de la representación procesal para el Procurador al supuesto de que la Ley autorice otra cosa, que es lo que aquí ha ocurrido; paradójicamente el Procurador se exige en el momento procesal en que su presencia es menos necesaria. Creo que esta unificación de funciones hay que entenderla reducida al supuesto de designación de oficio y no al de Abogado y Procurador de confianza, lo que podría suponer cierta discriminación en este punto.

(58) Sobre la defensa, ver, por todos, GIMENO SENDRA, «El derecho de defensa», *Constitución y Proceso*, Madrid, 1988, págs. 88 y ss.; «La naturaleza de la defensa penal a la luz de la CE y CEDH», *Crisis de la justicia y Reformas Procesales*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1988, págs. 249 y ss.; «El nuevo proceso...», cit., págs. 113 y ss. MORENO CATENA, «La defensa... » cit.

(59) Para mí la supresión del procesamiento es un error, y no porque sea partícipe de mantener nuestro auto de procesamiento del artículo 384 LECr que está pidiendo a gritos la necesaria reforma que lo adecue a las exigencias constitucionales, o quizá su supresión, sino porque considero imprescindible la existencia de un juicio de acusación que permita la entrada en el juicio oral sólo en el supuesto en que la acusación esté fundada, juicio jurisdiccional y contradictorio que ni afecta a la presunción de inocencia ni compromete el acusatorio, antes bien, se constituye en garantía que evita acusaciones por sorpresa o acusaciones infundadas, garantía imprescindible en un sistema que, como el nuestro, sanciona la acción popular. El juicio de acusación es una realidad ubicada en la audiencia preliminar o fase intermedia de los ordenamientos procesales extranjeros, dado que en ellos (alemán, italiano, etc.) la fase de investigación se encomienda del Ministerio público, esta experiencia de Derecho comparado debe ser analizada de cara a su introducción en el nuevo modelo procesal penal a diseñar.

Pienso que al legislador de 1988 no le han pasado del todo desapercibidas las consecuencias de su falta en el nuevo proceso abreviado y prueba de ello puede ser la posibilidad de sobreeser cuando no existan indicios racionales de criminalidad que permite el artículo 760.6 LECr. Ver, en este punto, la fundada opinión de ALMAGRO NOSETE, «El nuevo proceso ... », cit., págs. 198-200, en contra FAIREN GUILLEN, «¿Supresión o sustitución del auto de procesamiento? Viejos problemas en nuevas leyes: la Ley de 28 de diciembre de 1988», *Tapia*, núm. 46, 1989, págs. 67 y ss., ver cita 29 de este trabajo.

(60) Mi discrepancia en este punto se fundamenta en que la citación en domicilio o a través de un tercero pueden no cumplir las garantías que el TC exige a los actos de comunicación, es decir, en este caso, el conocimiento real y efectivo de la fecha del juicio oral (ver, entre otras, las SSTC 92/1987, de 3 de junio; 108/1987, de 26 de junio), exigencia contenida, asimismo, en la Resolución (75) 11 del CMCE, de 21 de mayo de 1975, al señalar: «Nadie puede ser juzgado si con el carácter previo no ha sido efectivamente citado...» Convendría, en este punto, recordar la Stedh en el caso Calozz Y Rubinat de 12 de febrero de 1985 en la que manifiesta el carácter de carga de la comparecencia y la imposibilidad de apreciar al imputado con sanciones privativas de libertad o pecuniarias, recordando que el Estado tiene obligación de investigar su domicilio y citarlo personalmente. Parece evidente que en la regulación de la ausencia hemos retrocedido no sólo respecto de la situación anterior, que exigía la citación personal, sino que nos estamos alejando de posiciones bastante más moderadas como puede ser la del ordenamiento alemán donde la sanción se reduce a seis meses de privación de libertad en el supuesto de que el Tribunal hubiera concedido la dispensa de que habla el párrafo 233 de la StPO y ello pese a que el legislador intenta formalmente ser respetuoso con la Resolución (75) 11 del CMCE citada.

(61) La admisión de hechos con efectos eliminatorios de la investigación y fase intermedia, en delitos de hasta seis años de privación de libertad y demás de competencia del Juez de lo Penal, es una manifestación del derecho de defensa privada renunciando a la facultad de guardar silencio, no declarando contra uno mismo; el tema conlleva el trasvase de instituciones propias del civil, con unos efectos liberatorios para el órgano jurisdiccional, o el investigador en su caso, de seguir adelante en la averiguación de la verdad material que en el proceso penal exige, entre otros, el artículo 406 LECr, ahora sólo aplicable en el proceso ordinario. Pienso que esta nueva posibilidad debe regularse con menos imprecisión que la actual y quedar reducida a aquellos supuestos de delitos flagrantes en los que la certeza de la comisión del hecho no plantea problemas, dados los efectos que el legislador atribuye a esta admisión en cuanto a la fijación del objeto del proceso se refiere y a los derivados de su consideración como datos veraces y ciertos de cara a la sentencia; efectos que no pueden afectar a los elementos subjetivos del injusto que serán o pueden ser objeto de discusión en el juicio oral. En cuanto a la conformidad, la ley la potencia extraordinariamente permitiendo varios momentos para llevarla a cabo. La conformidad en los supuestos de competencia del Juez de lo Penal con la vinculación que le viene impuesta por ley, exponente, tal vez, del reconocimiento de cierto fracaso del proceso penal y de las instituciones penitenciarias, altera notablemente el panorama del artículo 655 LECr y esta excesiva imposición al órgano jurisdiccional, aceptable hacia la alta pero inadmisibles a la baja, nos lleva a un allanamiento, extraño en el proceso penal, ya que sería muy dudoso y, en cierta medida, paradójico hablar en este caso de confesión, que no creo de buenos resultados en la práctica. Este es otro de los temas que habría de ser meditado serenamente en aras de su adecuada regulación y combinación con la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la igualdad, verdad material, etc., no olvidando que la Recomendación (87) 18 del CMCE la limita a penas de carácter leve entre las que, a mi modo de ver, no se encuentran las penas privativas de libertad de hasta seis años.

(62) En este punto sí me gustaría matizar que no creo que estemos ante un supuesto de anticipación del fallo, en la línea prevista por la LO 10/1980, sino ante una sentencia oral que no exime al órgano jurisdiccional de cumplir con los requisitos del artículo 248.3 LOPJ, es decir, de aludir generalmente a los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y ello porque así lo ordena el artículo 794.1 y se impone, además, por la posibilidad que el mismo artículo en su párrafo 2º concede al Fiscal y las partes de expresar su decisión de no recurrir.

(63) Ello provoca un diferente tratamiento frente al proceso ordinario, donde por imperativo del artículo 222 LECr contra el auto desestimatorio de la reforma cabe interponer recurso de apelación, y es evidente que la queja no puede sustituir, a nivel de garantías, a la apelación.

(64) Estimamos acertada la opinión de CORTES DOMINGUEZ, «El nuevo proceso...», cit., págs. 229-230, cuando señala que la falta de plazo en este supuesto, cuando la queja se plantea como recurso ordinario «sí que tiene importancia y afecta, como decimos, a la seguridad y certeza jurídica», añadiendo: «El artículo 213 hay que interpretarlo en el sentido de que cabe interponer recurso de queja mientras estén pendientes las diligencias previas o, dicho de otra manera, hasta que se abra el juicio oral.»

(65) La apelación se la regula como un recurso casi extraordinario, sólo posible cuando este Título autoriza expresamente la sustitución de «en los casos expresamente señalados en esta Ley» por «en los casos expresamente señalados en este Título» conlleva la imposibilidad de apelar el auto de prisión provisional siendo utilizables frente a él la reforma y queja. La regulada en el artículo 787 LECr conserva la eliminación de la vista y suprime el trámite de personación ante la Audiencia. La del artículo 795 LECr viene rodeada de requisitos en orden a los motivos que la asemejan a un recurso extraordinario, sin embargo, se permite la proposición de prueba, en caso de indefensión, dentro de los límites del artículo 795.7 LECr. Parece que se quiere limitar el contradictorio de la redacción del artículo 795 LECr y la vista queda sensiblemente reducida, mermando la oralidad.

(66) En lo relativo al ámbito de aplicación entiendo que cabe contra las resoluciones de la Audiencia

dictadas en ausencia, lo que es posible desde una coherente interpretación del artículo 793. 1, apartado 2º, que hace referencia, no a la pena en abstracto, sino «a la pena solicitada», no admitirlo provocaría una desigualdad atentatoria contra el artículo 14 CE, en este caso creo que por aplicación del artículo 57.1 LOPJ, la competencia recaería sobre la Sala II del TS. En materia de tramitación, estoy de acuerdo con CORTES DOMINGUEZ, «El nuevo ... », cit., pág. 250, cuando señala la diferenciación de un juicio reseñante y otro rescisorio; más discutible sería la extensión de este último. El plazo máximo podría resolverse en favor de la prescripción del delito y en cuanto a la posibilidad de ejecución quizá pudieran aplicarse las directrices del artículo 787 LECr.

(67) Sobre el análisis de la reforma ver, por todos, PEDRAZ PENALVA, «La reforma procesal penal de la República Federal de Alemania de 1975», *Rev. Der. Proc. Iber.*, núms. 2-3, 1976, págs. 647 y ss., y amplia bibliografía allí citada.

(68) Principios consagrados expresamente en los párrafos 151 y 152, respectivamente, que dicen: «151. La apertura de una investigación judicial estará motivada por el ejercicio de una acción.» 1) Será competente para el ejercicio de la acción pública la Fiscalía. 2) Estará ella obligada, en tanto no estuviera determinado legalmente lo contrario, a intervenir, a causa de todos los hechos punibles perseguibles, en caso de que existieran suficientes indicios fácticos.»

(69) Remitimos al lector al párrafo 153, 153.a), 153.b), 153.c), 1532) StPO.

(70) Ver cita anterior y, asimismo, GRÖSSEL, «Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras, incluidas las del procedimiento por contravenciones al orden administrativo y las del proceso por orden penal, en el proceso penal alemán», *justicia* 1985, núm. IV, págs. 877 y ss., especialmente págs. 882 y ss.

(71) Ver párrafo 112 StPO; PEDRAZ PENALVA, «La reforma ... », cit., pág. 660.

(72) Ver párrafo 157 StPO.

(73) Ver párrafos 230.1) y 233.1) StPO.

(74) Un análisis de esta fase puede verse en GOMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985, págs. 147 y ss., y bibliografía allí citada; artículo 160 StPO.

(75) Ver párrafo 149 de la GVE (Ley Orgánica de los Tribunales).

(76) Ver GOMEZ COLOMER, *El proceso....* cit., págs. 157 y ss., y artículo 199 StPO.

(77) Regula, además, la StPO otra variante del proceso ordinario, que es el proceso contra ausentes de los párrafos 276 y ss., y en materia de procesos especiales, aparte del aludido proceso por orden penal de los párrafos 407 y ss., los procesos de seguridad, párrafos 413 y ss.; decomisos y escuestros del patrimonio, párrafos 430 y ss.; y para la imposición de multas administrativas a personas jurídicas y asociaciones, párrafos 444 y ss.

(78) Ver cita 1 de este trabajo. Ver, asimismo, Ley de 16 de febrero de 1987, núm. 81, publicada en la *Gazzetta Ufficiale*, núm. 16, de 16 de marzo de 1987, de delegación legislativa al gobierno para la redacción de un nuevo Código Procesal Penal en el que se contienen las 105 bases. Ver también conferencia de PISANI sobre evolución histórica de las reformas pronunciada en Barcelona en las II Jornadas del Consejo de Colegio de Procuradores de los Tribunales de Cataluña, celebradas los días 25 y 26 de noviembre de 1988, pendiente de publicación.

(79) Ver sobre este punto el epígrafe «Dal giudice istruttore al giudice per le indagini preliminari», de la obra de CHIAVARIO *La reforma del proceso penal*, Torino, 1988, pág. 80.

(80) Ver artículos 326 y ss., y artículo 53 CPP.

(81) Ver artículos 50 y 178.5 del CPP. CHIAVARIO, *La reforma....* cit., págs. 97 y ss.

(82) Ver artículos 444 y ss. CPP. CHIAVARIO, *La reforma....* cit., págs. 65 y ss.

(83) *Vid.* artículos 326 a 415 CPP.

(84) Regulada en los artículos 416 a 433 CPP.

(85) El acto del juicio aparece regulado en los artículos 465 a 548 CPP.

(86) Ver artículos 453 a 458 CPP.

(87) El juicio abreviado aparece regulado en los artículos 438 a 443 CPP.

(88) Regulado en los artículos 449 a 452 CPP.

(89) Ver artículos 459 a 464 CPP.

(90) El procedimiento ante el Pretor y sus especialidades es objeto de regulación en los artículos 549 a 567 CPP.

(91) Sobre todos estos procedimientos especiales véase CHIAVARIO, *La reforma...*, cit., págs. 65 a 70.

(92) El nuevo Código de Proceso Penal fue aprobado por el Decreto-ley 78/1987, de 17 de febrero, que dispone en su artículo 7.1 que «el Código de Proceso Penal aprobado por el presente decreto... entienden en vigor el día 1 de junio de 1987, en las condiciones que el citado artículo establece». Ha de tenerse en cuenta el Decreto-ley 387-E/1987, de 29 de diciembre, por el que se procede a la rectificación de algunos lapsus detectados en el texto del Decreto-ley 78/1987, de 17 de febrero.

(93) Todas estas líneas de actuación bajo las que había de redactarse el nuevo Código Procesal Penal están contenidas y ampliadas en la Ley núm. 43/1986, de 26 de septiembre.

(94) En relación con los sujetos intervinientes ver FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código do Processo Penal», *Jornadas de direito processual penal*, Coimbra, 1988, págs. 3 y ss. LABORINHO LUCIO, «Sujeitos do Processo Penal, algumas considerações», *Jornadas...*, cit., págs. 37 y ss. En materia de medidas cautelares ver CASTRO DE SOUSA, «Os meios de coacção no novo Código do Processo Penal», *Jornadas...*, cit., págs. 147 y ss. LOPES ROCHA, «Execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade ... », *Jornadas...*, cit., págs. 473 y ss.

(95) Ver artículo 48 CPP.

(96) La suspensión de la investigación bajo condición consistente en la imposición al imputado de una serie de reglas de conducta, por un período de hasta dos años, con la imposibilidad de reabrir la investigación si el sujeto pasivo las cumple, o en caso de incumplimiento seguir adelante con el procedimiento, viene regulado en el artículo 281 CPP, concediéndose esta posibilidad al MF con el consentimiento del juez instructor e imputado. En cuanto a la conformidad el artículo 344 CPP, la regula como uno de los contenidos de la declaración del acusado en el juicio oral, no produciendo los efectos que le son propios, regulados en el apartado 2 del artículo 344 CPP, en caso de que el delito estuviera sancionado con pena de prisión superior a tres años, artículo 344.3.c) CPP. En este punto, *vid.* TOLDA PINTO, *O Novo Processo Penale*, Lisboa, 1989, págs. 233 a 250 y 377 a 380. COSTA ANDRADE, «Consenso e oportunidade», *Jornadas....* cit., págs. 317 y ss.; del mismo autor, *O consentimento de ofendido no novo Código Penal. Para uma nova justiça penal*, Coimbra, 1983.

(97) En efecto, el artículo 54 del CPP remite al capítulo VI, del Título I del Libro I del Código que contiene la regulación de los impedimentos, causas de recusación, etc., de los jueces.

(98) Ver en este punto VALENTE BORGES DE PINHO, «A investigação ou averiguação criminal. A realidade dum presente narra perspectiva de futuro», *Para uma nova...*, cit., págs. 127 y ss. TOLDA PINTO, *O novo* cit., págs. 95 a 262. MIRANDA RODRIGUES, «O inquérito no novo Código do Processo Penal», *Jornadas* cit., págs. 59 y ss. SOUTO DE MOURA, «Inquérito e instrução...», *Jornadas....* cit., págs. 81 y ss. Ver, asimismo, artículos 262 a 285 y concordantes del CPP.

(99) Sobre la instrucción judicial ver: CARVALHO MARTINS, *O debate instrutório no Código do Processo Penal português de 1987*, Coimbra, 1989. SOUTO DE MOURA, «Inquérito ... », *Jornadas....* cit., págs. 81 y ss. TOLDA PINTO, *O novo....*, cit., págs. 263 a 305. Ver, asimismo, artículos 286 a 310 CPP.

(100) Sobre la fase del juicio ver: BARREIROS, «O julgamento do novo Código do Processo Penal», *Jornadas....* cit., págs. 271 y ss. ROBALLO CORDEIRO, «Audência de julgamento», *Jornadas...*, cit., págs. 289 y ss. TOLDA PINTO, *O novo....* cit., págs. 305 a 406. *Vid.* también artículos 311 a 380 CPP.

(101) Sobre los procesos especiales HENRIQUES GASPAR, «Processos especiais», *Jornadas...*, cit., págs. 359 y ss. TOLDA PINTO, *O novo...*, cit., págs. 31 y ss. El proceso sumario viene regulado en los artículos 381 a 391 CPP y el sumarísimo del 392 al 398 CPP.

(102) La Ley Orgánica de los Tribunales Judiciales de 23 de diciembre de 1987 señala en su artículo 12 las categorías de Tribunales y en el núm. 2 dice: «Os tribunais de 2ª instância denominam-se Relações», dedicando los artículos 39 y ss. a su regulación. Ver, asimismo, artículo 4º del Reglamento de la Ley Orgánica de los Tribunales Judiciales de 17 de junio de 1988.

(103) En materia de recursos puede consultarse CUNHA RODRIGUES, «Recursos», *Jornadas...*, cit., págs. 379 y ss., en un aspecto general. CONCALVES DA COSTA, «Recursos», *Jornadas...*, cit., págs. 403 y ss. en un análisis más concreto de los regulados en el CPP. TOLDA PINTO, *O novo...*, cit., págs. 407 a 427.

(104) De «desafortunada» es calificada la supresión de los juzgados de Distrito por MORENO CATENA, «Crisis de la justicia y Reformas Orgánicas», en *Crisis de la justicia y Reformas Procesales*, citado, págs. 92 y 93. En honor de su conservación ver también VAZQUEZ SOTELO, «Crisis de la justicia y reforma del Proceso Penal», en *Crisis de la justicia...*, cit., pág. 383.

La conversión está prevista en el artículo 42 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre de 1988 que señala en el apartado 2: «En el plazo de un año, a partir de la fecha de promulgación de la presente Ley, el gobierno, oído el Consejo General del Poder judicial, efectuará la conversión de los actuales juzgados de Distrito en juzgados de Primera Instancia, de Instrucción, de Primera Instancia e Instrucción o, en su caso, de Paz, con arreglo a lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica del Poder Judicial. »

(105) No es ninguna novedad la petición de creación de Salas de Recursos, dentro de las Audiencias, que resolvieran los problemas de recusación que pueden originarse; FAIREN GUILLEN ya lo hacía, inspirándose en las Salas de Tribunales de Francia y de la RFA, como asegura, en su trabajo de principios o Bases para un Código Procesal Penal tipo de los países iberoamericanos y reitera en su trabajo «La imparcialidad o parcialidad del Juez de Instrucción Penal», *Tapia*, núm. 43, 1988, pág. 26 y cita núm. 12, donde señala: «Exactamente la finalidad de estas Salas sería la de conocer y resolver de los recursos contra resoluciones no finales de los jueces de Instrucción, con incompatibilidad absoluta de sus miembros para formar en las Salas de «vista y fallo» de las causas.»

(106) La falta de medios humanos y materiales fue una denuncia constante en todas las sesiones que conformaron el I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, se reiteró en el II, al que esta conferencia inaugura pertenece; respecto del I Congreso baste con citar la Ponencia del Profesor VAZQUEZ SOTELO, *Crisis de la justicia...*, citada, págs. 347 y ss., y la de MORENO CATENA, *Crisis...*, citada, pág. 94; ver también GONZALEZ CUELLAR, «La eficacia de la Justicia penal», *Poder judicial*, núm. 12, 1984, págs. 105 y ss., esp. pág. 111. Sobre los problemas de selección y preparación mi trabajo «La recusación de Jueces y Magistrados» (II), *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm. 12, 1989.

(107) Ver en este punto «El modelo procesal penal que garantiza la Constitución», expuesto por RAMOS MENDEZ, en *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona, 1989, págs. 3 y ss. No podemos olvidar, como dice SANCHEZ OSES, «La crisis del proceso penal y sus remedios», *Rev. G. de Leg. y Jur.*, enero 1964, págs. 21 y ss., que la historia del proceso penal es la de la lucha por conseguir mayores garantías en el enjuiciamiento del acusado... asegurada en un comienzo la defensa del Poder público, se opone luego al contrapeso de la del acusado... lo que se produce a raíz de ir ganando terreno las diversas tendencias colectivistas, tras un corto período de apogeo del individualismo, motivo unas veces, otras pretexto, para las de carácter revolucionario que paulatinamente fueron dando al traste con las repercusiones a ecos más apreciables de la desaparición del que se denomina despotismo ilustrado», citando a DUCHER, *The Enlightened Despotism Annual Report for 1920* de la Amer. Hist. Assoc., págs. 187 y 198.

(108) Muestra de estos recelos pueden comprobarse en los medios de comunicación escrita de los

meses que siguieron al Anteproyecto y Proyecto de la actual LO 7/1988, de 28 de diciembre; por su especial dureza hay que destacar el artículo de ANDRES IBÁÑEZ «¿Redescubrimiento del Ministerio Fiscal?», publicado en *El País*, correspondiente al lunes 19 de septiembre de 1988, pág. 20. Contrarios a la investigación a cargo del Ministerio Fiscal, desde una valoración del panorama procesal y procedimental actual con olvido de las profundas modificaciones que ofrece el nuevo modelo procesal en el que se encardinaría la medida son, entre otros, FAIREN GUILLEN, «El Ministerio Fiscal en la reforma del proceso penal» (I), *Tapia*, núm. 44, 1989, págs. 63 a 73; del mismo autor, «El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988» (11), *Tapia*, núm. 45, 1989, págs. 63 a 72. GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, «La reforma urgente del proceso penal», *Tapia*, núm. 44, 1989, págs. 61-62.

(109) Argumentos sólidos en este sentido, que personalmente comparto en su casi totalidad, son los manifestados por GIMENO SENDRA en la obra colectiva *El nuevo...*, cit., págs. 87 y ss., en especial en las págs. 93 y ss.

(110) Sobre la hipervaloración de la instrucción, además de la opinión del Prof. GIMENO a que aludimos en la nota anterior, puede comprobarse su reprobación en ORTELLS RAMOS, *Eficacia probatoria...*, cit., especialmente págs. 67 a 369.

(111) No sería bueno obviar que el Ministerio Fiscal, pese a su obligación constitucional (art. 124.2 CE) de sujetar su actuación a los principios de legalidad e imparcialidad, actúa también bajo los de unidad y dependencia, que ese mismo artículo en su apartado 4 señala que «el Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial». Ver, en este punto, ALVAREZ-LINERA URÍA, *Configuración actual del Ministerio Fiscal, naturaleza jurídica y líneas de futuro*, tesis doctoral inédita, Oviedo, 1988, en especial págs. 364 y ss.

(112) La necesidad de protección contra cualquier arbitraria injerencia de los poderes públicos o terceros en la esfera de los derechos constitucionalmente protegidos nos da una idea de la importancia del principio de proporcionalidad y del contrapeso que éste supone en el test de adecuación, racionalidad, necesidad, etc., de la actuación de esos poderes en lo que de limitación puede suponer de los derechos fundamentales. Sobre este tema PEDRAZ PENALVA, *El principio de proporcionalidad y su aplicación judicial*, en vías de publicación.

(113) En este punto pueden consultarse, entre otros, las opiniones de GRÖSSEL, *Principios fundamentales...* cit., págs. 877 y ss. ALMAGRO NOSETE, *El nuevo...*, cit., págs. 139 y ss. GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principios de "oportunidad" y proceso penal monitorio)», *justicia* 87, págs. 355 y ss., esp. 359 y ss. GONZALEZ CUELLAR, *La eficacia...*, cit., pág. 111, aludiendo a aspectos de derecho material relativos a la necesidad de descriminalizar las conductas de menor importancia. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos...* cit., págs. 73 y ss., se plantea el dilema principio de legalidad -principio de oportunidad-, manifestando en la pág. 76: «Tampoco para el Derecho moderno se ha resuelto el problema de si hay que preferir el principio de legalidad o el de oportunidad. La historia demuestra lo siguiente: El principio de legalidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva. Por lo mismo, logrará el dominio en un tiempo que se preocupa principalmente de la constitución del Estado de Derecho y de las garantías del mismo. Frente a esto, el principio de la oportunidad puede justificarse de dos modos completamente distintos, a saber: por un lado, partiendo de un enfoque que favorece un influjo político del Gobierno sobre la justicia penal; por otro lado, en el interés de la verificación de la justicia material, en contraste a un formalismo legal. Al dominio del principio de la oportunidad en el primer sentido se opuso la tendencia del Estado de Derecho de la segunda mitad del siglo xix, mientras que hoy en día el principio de la legalidad tiene que ceder a un principio de la oportunidad en el segundo sentido, es decir, en favor de la justicia material ... » Contrario a su implantación es RUIZ VADILLO, «El futuro inmediato del proceso penal, las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración», *Poder Judicial* núm. 7, 1987, págs. 25 y ss., esp. págs. 32 y ss.

Revista del Poder Judicial.

Revista del Poder Judicial nº 17. Marzo 1990
Páginas 9-35

(114) Sobre la conveniencia de implantar un proceso monitorio penal, los obstáculos constitucionales y su forma de superarlos ver, por todos, GIMENO SENDRA, *Los procedimientos....*, cit., págs. 363 y ss. Un estudio histórico del tema puede verse en TOMAS Y VALIENTE, «Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1960, págs. 38 y ss.